H X. 59.

63 B 17

Misc. jur.

2 fl 36 kr

Johann Chriſtian Quiſtorps,
ordentlichen Beyſitzers beym Wismarſchen hohen Tribunal und Ober-Appellationsgericht in Sr. königl. Maj. von Schweden deutſchen Staaten,

Beyträge
zur Erläuterung verſchiedener, mehrentheils unentſchiedener Rechts-Materien aus der bürgerlichen und peinlichen Rechtsgelahrtheit.

Zweyte vermehrte und verbeſſerte Auflage.

Roſtock und Leipzig,
in der Koppenſchen Buchhandlung.
1787.

Vorbericht.

Es würde überflüßig ſeyn, hier von dem Inhalt und dem Endzweck dieſer Beyträge etwas weiter zu ſagen, da ſie bereits aus der erſten Ausgabe zur Genüge bekannt ſind. Nur dieſes kann ich nicht unberühret laſſen, daß ich bey der gegenwärtigen neuen Auflage, ſoweit es die Kürze der Zeit und andere Geſchäfte verſtatten wollen, allen Fleiß angewandt habe, um die Mängel zu verbeſſern, zweckdienliche neue Bemerkungen anzubringen, wo ſolche zur Erläuterung dienen konnten, und neu herausgekommene Schriften, in ſofern ſie auf dieſe

oder jene abgehandelte Materie Beziehung haben mogten, nicht allein anzuführen, ſondern auch zu benutzen. Eine Vergleichung der Abhandlungen, beſonders unter den Nummern I. V. VI. XIII. XIV. XVII. XXIX. XLII. XLIII. XLV. L. LII. LIII. LIV. LV. LVIII. in der jetzigen Ausgabe mit denen in der vorhergehenden dürfte ſolches zur Genüge zeigen.

Die Abhandlungen gehen jetzo nach ihren Nummern ununterbrochen fort, weil die vormalige Eintheilung nur lediglich in der Zeitfolge, worin die Sammlungen erſchienen, ihren Grund hatte und ſolche nunmehro wegfällt.

Wismar am 24. Februar 1787.

Inhalt.

I. Einige Bemerkungen über die Verſchikkung der Acten in peinlichen Fällen. S. 1

II. Ob und in wieferne einem leiblichen Vater die Vormundſchaft, und die Verwaltung der Güther ſeiner Kinder durch letzte Willens-Verordnungen nach gemeinem Recht genommen werden könne. S. 17

III. Ueber die angeblich von einer Frauensperſon verübte Nothzucht und deren Strafe. — — — S. 30

IV. Ob derjenige, der ſeinen bereits bezahlten Wechſel in ſeines ehmaligen Gläubigers Händen gelaſſen hat, in dem Fall, daß jener hienächſt auf einen Dritten indoſſiret, oder demſelben in Solutum zugeſchlagen worden, den Einwand bereits geſchehener Zahlung machen könne? S. 41

V. Von der Verbindlichkeit eines Vaters zu der Verpflegung des von ſeinem Sohn auſſer der Ehe erzeugten Kindes. S. 56.

VI. Ob und in wieferne ein Advocat befugt ſey, in ſeiner eigenen Sache ſich ein Honorarium zuzueignen — S. 74

VII. Von den vorzüglichſten alten deutſchen Gewohnheiten, auf welche in der peinlichen Gerichts-Ordnung Beziehung gemacht wird, und von deren heutigen Anwendung. — — S. 81

VIII. Worauf der Unterricht bey weiblichen Bürgſchaften insbeſondere gerichtet ſeyn müſſe? — — S. 129
IX. Ob und in wieferne ein bloßer Angeber, oder Denuntiant zu den Koſten der Inquiſition gehalten ſey. — S. 138
X. Ob von der unterlaſſenen Anregung der zuſtändigen Compenſation auf deren Begebung ein gültiger Schluß zu machen ſey? — — S. 147
XI. Ob in dem Fall, da ein Erblaſſer gewiſſe Sachen dazu beſonders ausgeſetzet hat, damit davon die Abführung einiger Vermächtniſſe geſchehen möge, leztere ſodann für ungültig zu achten, wenn jene Sachen dazu nicht hinreichend befunden werden ſollten? — S. 158
XII. Ob dem Inhaber einer Special-Hypothek das ſogenannte beneficium excuſſionis, oder die Rechtswohlthat, vermöge deren der Hauptſchuldner vorher auszuklagen iſt, zuſtehe. — S. 165
XIII. Von der Strafe der Bankerutirer oder der böſen Schuldner nach ältern und neueren Geſetzen. — S. 177
XIV. Ob ein Hausvater, in deſſen Wohnung Feuer ausgekommen iſt, bey verurſachtem Schaden den Mangel ſeiner Fahrläßigkeit beweiſen müſſe? S. 202
XV. Ueber die Reconvention in peinlichen und Strafſachen. — S. 215

XVI. Ob das nach dem Tode des Erblaſſers nicht mehr vorhandene Teſtament, in ſoferne anders deſſelben weſentlicher Inhalt zu beweiſen ſtehet, eine verbindliche Kraft habe? — — S. 224

XVII. Verſuch einer richtigen Beſtimmung des Verhältniſſes der gemeinen in Deutſchland üblichen Strafen gegen einander. S. 235

XVIII. Ob eine bürgerliche Witwe, welche nach ihres Ehemannes Tode eine unzüchtige Lebensart treibet, die ihr von jenem verſchriebenen Vermächtniſſe, und andere zugebilligten Vortheile verliere. S. 296

XIX. Ueber die Zuläſſigkeit des Erfüllungs-Eydes in peinlichen Fällen. S. 310

XX. Ob Eltern in der Diſpoſition unter ihren Kindern eine merkliche Ungleichheit bey der Vertheilung beobachten, und dieſen, oder jenen nach eigener Willkühr bis auf den Pflichttheil von ihrer Verlaſſenſchaft ausſchließen können. S. 325

XXI. Ob und in wieferne die willkührliche Veränderung des Aufenthalts als ein Verbrechen anzuſehen ſey, und welche Strafe deshalb ſtatt finde? — S. 335

XXII. Ob die Unterlaſſung des Widerſpruchs bey der Veräuſſerung eines unterpfändlich verſchriebenen Grundſtücks für eine ſtillſchweigende Begebung des zuſtändigen Pfandrechts angeſehen werden könne, und alle fernere Anſprache des Gläubigers zernichte. — — S. 349

XXIII. Ob derjenige der ohne ſein Verſchulden verwundet, oder geſchlagen worden, unter dem Namen des Schmerzgeldes eine Vergütung zu fodern berechtiget ſey. — — — S. 362

XXIV. Von eydlich geſchehenen Verſprechen und Verzichtleiſtungen der Minderjährigen. — — S. 370

XXV. Von den Strafen der Wucherer nach älteren und neueren Geſetzen, wie auch von den Zinſenzahlungen nach älteren Geſetzen und dem heutigen Gerichtsgebrauch überhaupt. — — S. 388

XXVI. Ob die Erben eines Vormundes, wenn wider dieſelben auf Ablegung der von jenem geführten Rechnungen geklaget wird, zur eydlichen Erhärtung ihrer Unwiſſenheit zuzulaſſen, zumal, wenn nach aufgehobener Vormundſchaft ein faſt dreyßigjähriger Zeitraum verfloſſen wäre? — — — S. 418

XXVII. Ob ein ſogenanntes mandatum cum libera den effectum mandati ſpecialis habe? — — S. 427

XXVIII. Von der Strafe dererjenigen, welche wider die dem Landesherrn nachgeordnete Obrigkeit ſich ungehorſam und reſpectswidrig betragen. — S. 438

XXIX. Welcher Beyſchlaf eigentlich als ein ſolcher, der unter der Hofnung der Ehe vollbracht worden, anzuſehen? S. 456

XXX. Ob die väterliche Verordnung, vermöge welcher eine Gemeinſchaft von den Kindern noch auf gewiſſe Zeit nach des Vaters, oder der Eltern Tode fortzuſezzen iſt, für verbindlich und rechtsbeſtändig zu abchten ſey. — S. 471

XXXI. Ob und inwieferne die Anverwandtſchaft die Strafe eines Verbrechens mildere? — — S. 480

XXXII. Ob angeſchwollene Zinſen zum väterlichen Nießbrauch zu rechnen ſeyn. S. 490

XXXIII. Von der Beſtimmung des Vorzuges in den Fällen, da das Vermögen eines Angeſchuldigten nicht hinreichet, allen denen Befriedigung zu verſchaffen, die daran Anſprache haben. — S. 498

XXXIV. Ob ein Anwald ohne beſonders habende Vollmacht von ſeinem Gewaltgeber den Richter verwerfen und zum Verabſcheuungs-Eyde zugelaſſen werden könne. — — S. 520

XXXV. Ob die Würderungs- oder äſtimatoriſche Klage von den Erben des Beleidigten fortgeſezet werden könne? S. 531

XXXVI. Ob zur Verbindlichkeit eines Bekenntniſſes die geſchehene Annahme des andern Theils erfodert werde? S. 540

XXXVII. Von der landesherrlichen Beſtätigung in peinlichen und Strafſachen. S. 552

XXXVIII. Von dem Unterſchiede unter auszahlen und bezahlen bey genehmigten Geld Anweiſungen. - S. 567

XXXIX.

XXXIX. Einige Zuſätze zu der Lehre von der Verbindlichkeit der Erben, die von ihrem Erblaſſer verwirkten Geldbußen zu bezahlen. – – – S. 576

XL. Vom ſtillſchweigenden Verboth der ſogenannten Quartae Falcidiae. S. 584

XLI. Wann einem Angeſchuldigten zur Führung ſeiner Vertheidigung ein beſonderer Sachwald von Amtswegen zuzuordnen ſey? — — S. 594

XLII. Ob bey einem gerichtlich zu vollziehenden letzten Willen der Teſtirer die Befugniß habe, hiezu gewiſſe Glieder des Gerichts zu benennen. – S. 606

XLIII. Von den vorzüglichſten Stellen des Römiſchen und Canoniſchen Rechts, auf welche in der peinlichen Gerichts-Ordnung Beziehung gemacht wird, und von deren heutigen Anwendung. – S. 617

XLIV. Ob Meyerleute wegen ihres Begehrens, daß ihnen bey Ablieferung ihrer Zinßfrüchte eine Mahlzeit gebühre, bey dem für ſich angeführten Beſizſtande zu ſchüzzen ſeyn? — — S. 665

XLV. Von den zur Sicherheit einzelner Leute, die mit ſchweren oder leichten Uebeln von andern bedrohet werden, zu nehmenden Maaßregeln. — S. 674

XLVI. Von den Zwangsmitteln zur Beugung des Ungehorſams eines Angeſchuldigten, der eine wider ihn verhängte Unterſuchung entweder durch eine gänzliche

Ver-

Verweigerung der Antworten, oder doch durch unbeſtimmte und unzureichende Ausſagen, vergeblich zu machen ſuchet. S. 687

XLVII. Ob und in wieferne eine bereits von einem andern geſchwächte Perſon von dem neuen Schwängerer den Brautſchatz, oder ſonſtige Genugthuung fodern könne. S. 705

XLVIII. Von der Nothwendigkeit eines bey der Todtenbeſchau zu führenden gerichtlichen Protocolls. — S. 718

XLIX. Von den vornehmſten Fällen, in welchen ſich die durch deutſche Reichsgrundgeſetze der evangeliſchen Religion verſicherte Gleichheit mit der katholiſchen am meiſten zeiget. — S. 746

L. Vom Urſprunge der Scharfrichter in Deutſchland, und ihren vorzüglichſten Pflichten und Gerechtſamen. S. 767

LI. Ob der Inhalt, oder die Forme eines zugeſchobenen Eydes nach geſchehener Annahme des andern Theils annoch Abänderungen und Verbeſſerungen zulaſſe? S. 796

LII. Ob und in wieferne bey geringen Verbrechen die Beſtrafung auſſer dem wegen des Verbrechens zuſtändigen Gerichtszwange ſtatt finde? — S. 806

LIII. Die Trüglichkeit des Satzes: daß das Canoniſche Recht vor dem Juſtinianeiſchen unter allen Umſtänden in den proteſtantiſchen Gerichten den Vorzug habe, in einigen auffallenden Beyſpielen gezeiget. S. 816

LIV. Ob ein Ehemann bey vorhandenem ſtarken Verdacht, daß ſeine Frau einen Ehebruch begangen habe, auſſer der Eheſcheidung auch auf den Verluſt des Brautſchatzes klagen könne? — S. 841

LV. Erörterung einiger Fragen bey der Lehre von Schenkungen. S. 852

LVI. Ob eine gefängliche Haft des Geſchlechts wegen für bedenklich zu achten ſey? S. 870

LVII. Ob einem Beſtohlnen, mit deſſen entwandten Gelde gewiſſe Sachen gekaufet, oder ſonſt angeſchaft worden, auf letztere ein Eigenthum, oder Pfandrecht zuſtehe? — — S. 880

LVIII. Von Zinſen, die in einer rechtskräftigen Urthel übergangen worden. S. 893

LIX. Ob den unverſorgten Kindern und der Ehefrau eines Getödteten aus dem Vermögen des Todtſchlägers Unterhalt und Verpflegung gebühre? S. 902

I.

Einige Bemerkungen über die Verſchickung der Acten in peinlichen Fällen.

Nach den Sitten und Gebräuchen der alten Deutſchen wußte man bey der Verfaſſung und Einrichtung ihrer Gerichte von keiner Verſendung der Acten an gewiſſe Rechtsgelehrte, um die Urthel in peinlichen Fällen abzufaſſen. Es konnte auch dieſes um ſo weniger ſtatt finden, weil man bey den Unterſuchungen in den deutſchen Gerichten keine gerichtliche Acten formirte, und keine beſonders beſtellte Gerichtsſchreiber vorhanden waren, vielmehr man ſich damit zu begnügen pflegte, einen Angeſchuldigten auf ſeine in Gegenwart des Richters und der Gerichts-Schöpfen gethane Ausſage zu verurtheilen [a]). Dieſe leztere waren beſonders dem Richter unter dieſem und dem Namen der Centenarien, der Heimbürgen,

a) GVERIKE *ad* SCHOTTEL. *de ſing. in German. Iurib.* c. 29. §. 2.

gen, und der Dingsmänner zur Seite geſetzet, um nach geſchehener Unterſuchung und erfolgter Befragung des Richters, die Strafe eines begangenen Verbrechens nach den Sitten und Gewohnheiten der Völkerſchaft zu beſtimmen, oder die Urthel zu fällen [b]). Da heutiges Tages die Beyſitzer in den Blutgerichten, beſonders in den adlichen Amts- und Stadtgerichten ſelten ſolche Leute zu ſeyn pflegen, die ſich eine genugſame Kenntniß der Criminal-Rechte erworben haben, vielmehr dazu auch Leute geringen Standes genommen werden; ſo iſt auch ſolchen Gerichten die Entſcheidung in eigentlichen Criminal-Fällen durch die peinliche Gerichts-Ordnung verbothen, und ſie ſind vielmehr angewieſen, bey vorfallenden Zweifeln in peinlichen Verfahren, in Ermangelung beſonders angewieſener Oberrichter, bey den hohen Schulen und andern Rechtsverſtändigen, Rath zu ſuchen [c]). Weil nun die Beſtimmung derjenigen Mittel, die nach vorgängiger Inquiſition, entweder zur Herausbringung der Wahrheit, oder zur Ablehnung eines gegründeten Verdachts dienen, viele Rechtskenntniß und Erfahrung zum voraus ſetzet, mithin zu den zweifelhaften Fällen gehöret, ſo ergiebet ſich auch daraus von ſelbſt, daß der Gerichtsgebrauch, nach welchem unter ſolchen Umſtänden von den Niedergerichten die Acten

b) KRESS *de var. Iurisdict. in German. gener. Helmſt.* 1730. *c.* 2. *Obſ.* 7. §. 1. HEINECCIVS *in Elem. Iur. Germ. Lib.* 3. *Tit.* 15. §. 2.

c) Art 219. P. G. O.

Acten verſandt werden müſſen, auf genugſame Gründe beruhe [d]). Ob nun zwar nach den Meynungen angeſehener Rechtslehrer [e]) die mit den peinlichen Gerichten verſehene Landſaſſen und Städte, in ſo ferne ihre Gerichte mit genugſamen und wenigſtens mit drey gelehrten und Rechtserfahrnen Männern beſetzet ſeyn ſollten, und ſonſt keine erhebliche Bedenklichkeiten vorhanden ſeyn mögten [f]), befugt ſind, in peinlichen Fällen und zwar ſelbſt ſodann, wann von der Abfaſſung der Endurthel die Rede iſt, zu entſcheiden; ſo ſind dennoch meinem wenigen Ermeſſen nach ſehr erhebliche Gründe vorhanden, weshalb dieſe Meynung, wenigſtens der Regel nach, nicht füglich anzunehmen ſtehet. Denn zuvörderſt kann diejenige Einſchränkung, daß nämlich ſo genannte Grund- oder Stadtgerichte mit drey gelehrten Rechtserfahrnen Männern beſetzet ſeyn müſſen, unter welcher nämlich ihnen nach der Meinung der angezogenen Rechtslehrer die Entſcheidung in peinlichen Fällen eigentlich nur zuſtehen ſoll, nach der jetzigen bekannten Verfaſſung der allermeiſten von dieſen Gerichten nicht füglich zur Anwendung kommen. Geſetzt aber, man fände auch bey dieſem, oder jenem Erb- oder Grund-Gericht eine Ausnahme, oder daß ſolches würklich aus drey gelehr-

d) BOEHMER *ad* CARPZOV. *q.* 116. *Obſ.* 2. und *in Meditatt. ad CC. art.* 7. §. 2.

e) PUFENDORF *Tom.* 2. *Obſ.* 69. Struben in dem 2ten Theil der rechtl. Bedenken *n.* 46. §. 2. und *n.* 112.

f) *Arg.* Art. 1. 81. 91. 219. P. G. O.

ten und Rechtserfahrnen Männern beſtünde, ſo würde dennoch, meinem Bedünken nach, dabey in vielen Betracht zu ziehen ſeyn, ob letztere auch die Inquiſition ſelbſt geführet, oder wenigſtens derſelben als Beyſitzer beygewohnet hätten? Die Bejahung, oder Verneinung dieſer Frage iſt allerdings von weit größerer Wichtigkeit, als es dem erſten Anſchein nach zu vermuthen ſtehet. Denn, auf dem Fall, daß man ſolchen Gerichtsperſonen, welche die Inquiſition ſelbſt geführet, oder derſelben beygewohnet haben, die Aburthelung in peinlichen Fällen allein überläßt, ſo ſtehet eine gründliche und unpartheyiſche Prüfung des gerichtlichen Verfahrens, und eine Beherzigung der dabey etwa ſich findenden Mängel zum großen Nachtheil des Angeſchuldigten, nicht zu erwarten. Wenigſtens iſt, ſo viel ich einſehe, das Urtheil eines ſelbſt inquiriret habenden Gerichts über die Geſetzmäſſigkeit ſeines eigenen Verfahrens, worauf dennoch bey einer jeden Entſcheidung und beſonders bey der Endurthel gleichwohl ſo vieles ankommt, äuſſerſt verdächtig, und gewiſſermaſſen als ein Ausſpruch in eigener Sache, anzuſehen. Ein Richter, der die Unterſuchung gehabt, kann auch während derſelben nur zu leicht für, oder wider einen Angeſchuldigten eingenommen werden und ſein vorgefaßter Unwille ſowohl als ſein Mitleyd könnten auf das Schickſal eines Verbrechers nur zu vielen Einfluß haben, wann der bloße Unterſucher auch zugleich der eigentliche Richter ſeyn dürfte. Bey ſo bewandten Umſtänden läßt ſich dennoch auch nicht einmal der von berühmten

Rechts-

Rechtslehrern unter den gemachten Einſchränkungen angenommene Satz: Daß die mit den peinlichen Gerichten verſehene Landſaſſen und Städte in Criminal-Sachen, in irgend einem Fall, füglich entſcheiden können, vertheidigen. Würden inzwiſchen die eben angeführten Gerichte auſſer ſolchen Mitgliedern, welche die Inquiſition geführet, oder derſelben als Beyſitzer beygewohnet haben, noch aus mehreren der Criminal-Rechte gnugſam kundigen Perſonen, und zum wenigſten aus zweyen ſolchen Mitgliedern beſtehen, ſo finde ich kein Bedenken, gleichſam vermöge einer Ausnahme den Satz anzunehmen: Daß ſodann die mit den peinlichen Gerichten beliehene Landſaſſen und Städte, in Ermangelung beſonderer entgegen ſtehender Landesgeſetze [g]), ſowohl in peinlichen Fällen die Endurthel abfaſſen, als nach vorgängiger Inquiſition die Mittel zur Herausbringung der Wahrheit, oder zur Ablehnung des Verdachts beſtimmen können.

Ob es nun gleich der Regel nach keinem Zweifel unterworfen ſeyn kann, daß Grund- Amts- und Stadtgerichte in den angezogenen Fällen nur

 unter

g) Daß in **Mecklenburg** die mit den peinlichen Gerichten verſehene Ritter- und Landſchaft in peinlichen Fällen die Endurthel ſchlechterdings nicht abzufaſſen, ſondern ihre Criminal-Acten ſodann an einheimiſche, oder auswärtige, Rechts-Collegien und Facultäten zu verſenden gehalten ſey, iſt Inhalts unſerer Landesgeſetze keinem Zweifel unterworfen, ſ. den **Landesgrundgeſetzlichen Erbvergleich** §. 425.

unter den angeführten Einſchränkungen ſelber ent- ſcheiden können; ſo ſind ſie gegentheils auſſer den- ſelben vermöge eines unbeſtrittenen Gerichtsge- brauchs zum wenigſten der Regel nach nicht ver- bunden, die Rechtsſtühle in ihren Namen ſpre- chen zu laſſen [h]). Denn, ſo oft in peinlichen Fäl- len lediglich von der Unterſuchung der begangenen That ſelbſt, oder der Richtigſtellung des Corporis Delicti, oder von dem Verfahren wider den An- geſchuldigten bis zum geendigten articulirten Ver- hör, oder von der Entſcheidung, ob die leztere ſtatt haben könne, oder, von der Ausfündigma- chung der Mittel wider einen Angeſchuldigten, der abweſend iſt, oder endlich von der Beſtimmung der Strafe geringer Verbrechen, die nicht zu den peinlichen Fällen gehören, die Rede ſeyn mögte, können alle und jede Gerichte, mithin auch Grund- Amts- und Stadtgerichte, in Ermangelung ent- gegenſtehender Landesgeſetze nach eigenem Ermeſ- ſen rechtlich erkennen [i]). Es verſtehet ſich inzwi- ſchen hieben von ſelbſt, daß in zweifelhaften Vor- kommenheiten, beſonders aber, wenn es nicht mit völliger Gewißheit auszumachen ſtehet, ob das gegenwärtige Verbrechen an ſich betrachtet zu den peinlichen Fällen gehöre, oder nicht, oder ſonſt erhebliche Bedenklichkeiten eintreten, den oftbe- meldeten

h) KRESS *ad art.* 28. und 57. *CC.* Meißer im peinlichen Proceß im 5ten Theil S. 501. BOEHMER *cc. ll.*

i) Struben in dem 2ten Theil der rechtl. Beden- ken *n.* 112. BOEHMER *ad* CARPZOV. *c. l.*

melдeten Gerichten nicht allein unverwehret bleibe, ſondern gegentheils vielmehr obliege, die Acten zur Beſtimmung des weitern Verfahrens an ein unpartheyiſches Rechts-Collegium zu verſenden [k]). Würde auch ein Angeſchuldigter ſodann, *wann* von der Abfaſſung der Endurthel, oder auch von der Beſtimmung dieſer, oder jener Verfahrungsart von einiger Wichtigkeit die Rede wäre, auf die Verſendung der Acten, da ſolche gleichwohl an ſich nicht nöthig wäre, auf ſeine Koſten insbeſondere antragen, ſo pfleget ein ſolches Verlangen, in fofern es damit nicht unſtreitig auf eine ſträfliche Verlängerung der Unterſuchung und Verzögerung der Juſtiz angeſehen iſt, leichtlich zugeſtanden zu werden [l]).

In denjenigen Fällen, da Patrimonial- Amts- und Stadtgerichte in peinlichen Fällen nicht entſcheiden können, ſind dieſelben in Ermangelung beſonders angewieſener Obergerichte, dennoch in alle Wege befugt, dasjenige Rechts-Collegium, an welches die Acten verſandt werden ſollen, nach eigener Willkühr zu beſtimmen und zu erwählen. Ob nun gleich nach der peinlichen Gerichts-Ordnung in eigentlichen Criminal-Fällen die Acten zur Abfaſſung des Erkenntniſſes auch an Privat-Rechtsgelehrte verſandt werden können [m]), ſo pfleget ſolches dennoch nach dem heutigen Gerichts-

 gebrauch

k) Art. 18. 73. 104. 186. 219. P. G. O.

l) *Arg.* Art. 154. P. G. O.

m) Art. 219. P. G. O. KRESS *ad art.* 219. *CC.* §. 3. *n.* 3.

gebrauch nur ſodann für zuläſſig geachtet zu werden, wann ein Richter nur zu ſeiner eigenen Belehrung, da die Verſendung der Acten ſo wenig an ſich nöthig war, als von dem Angeſchuldigten verlanget worden, ſolche vorgenommen haben ſollte. Denn nach der Regel müſſen die Acten allemal an ordentliche Rechts-Collegien, oder Facultäten, denen die Gewalt in peinlichen Fällen Urtheile zu ſprechen von ihrem Landesherrn ertheilet worden, verſandt werden [n]). In Mecklenburg iſt ſolches insbeſondere vorgeſchrieben [o]). Ob nun zwar die Wahl des Rechts-Collegiums, an welches in peinlichen Fällen und andern Strafſachen die Acten zur Abfaſſung eines Erkenntniſſes zu verſenden ſind, dem inquirirenden Gericht und beſonders demjenigen Mitgliede, das darin den Vorſitz hat, der Regel nach zu überlaſſen iſt; ſo ſind gleichwohl die Acten niemal an ein ſolches Rechts-Collegium, welches entweder ſchon einmal in der Sache rechtlich erkannt [p]), oder welches der Angeſchuldigte rechtlicher Art nach verworfen hatte, zu verſenden. Denn, wenn gleich nach den Meynungen angeſehener Rechtslehrer [q]) die

n) CARPZOV *q.* 96. *n.* 21. KRESS *ad art.* 219. *CC.* BOEHMER *ad art.* 219. *CC.* §. 4.

o) Der Landesgrundgeſetzliche Erbvergleich §. 425.

p) *Arg. c.* 36. *X. de appell.* R. A. von 1654. §. 113.

q) LEYSER *Spec.* 6. *n.* 8. 9. und *Spec.* 465. *n.* 9. BOEHMER *Tom.* 2. *P.* 2. *Dec.* 937. *n.* 13. SCHORCH *Sent.* 274. *n.* 14. HOMMEL *Rhapſod. quaeſt. Obſ.* 181.

die von einem excipirten Collegio geſprochene Urthel überhaupt nicht für ſchlechterdings ungültig zu halten iſt, vielmehr in die Rechtskraft trit, in ſoferne keine Rechtsmittel dawider eingewandt worden r), oder auch der Angeſchuldigte ſich ſonſt *nicht aus* andern Urſachen dawider mit Grunde beſchweren könnte, ſo finde ich gleichwohl Bedenken, dieſe Grundſätze auch in eigentlichen peinlichen Fällen anzunehmen und zu vertheidigen. Denn, da die einem Angeſchuldigten zuſtändige Befugniß, bey Verſendung der Acten wider drey Rechts-Collegien zu excipiren, als eine Art eines Vertheidigungs-Mittels, welches in Criminal-Sachen keine Einſchränkungen zuläßt, anzuſehen iſt, auch die zum Beweiſe des Gegentheils angezogene Stelle aus dem neueſten Reichsabſchiede ſowohl, *als* die angeführten Rechtslehrer eigent*lich nur* von bloßen Civilfällen reden; ſo iſt auch die von einem verworfenen Collegio in peinlichen Fällen und andern Strafſachen geſprochene Urthel, meinem wenigen Bedünken nach, ſchlechterdings für ungültig zu halten, mithin dieſelbe ſo wenig zu eröfnen, als zur Vollziehung zu bringen, ſondern es ſind vielmehr die aufgenommenen Protocolle und verhandelten Acten an ein unpartheyiſches Rechts-Collegium, nachdem dem Angeſchuldigten der etwa verlangte Nachtrag zu ſeiner bereits bey den Acten ſich findenden Vertheidigung verſtattet worden, zur Abfaſſung eines rechtlichen Erkenntniſſes, noch einmal zu verſenden. So we-

r) *Arg. Rec. Imp. de* 1654. §. 121.

nig nun nach richtigen Grundſätzen ein von dem Angeſchuldigten rechtmäßig verworfenes Collegium in den Sachen deſſelben urtheilen kann, eben ſo wenig darf es überhaupt ein ſolches thun, das ſchon einmal in demſelben Fall geſprochen und deſſen Entſcheidung angefochten worden. Denn wann gleich in bürgerlichen Sachen hierunter ein anderes ſtatt finden mögte [s]) ſo würde doch in eigentlichen peinlichen Fällen der Spruch eines Rechts-Collegiums ſchlechterdings ungültig ſeyn, das unter völlig gleichen Umſtänden ſchon einmal geſprochen hatte und an welches die Acten nur aus einem Verſehen aufs neue gelanget waren. Es verſtehet ſich jedoch von ſelbſt, daß ein nicht beſonders verworfenes Collegium gleichwohl ſodann aufs neue oder zu wiederhohlten Mahlen urtheilen könne, wann entweder der Fall von dem vorherigen ganz unterſchieden ſeyn, oder es auch nur auf die Erklärung eines gethanen Ausſpruchs entweder an und für ſich, oder doch in Hinſicht auf ſeine Folgen und das darnach einzurichtende Verfahren des Richters ankommen ſollte.

Was nun aber noch insbeſondere diejenigen Koſten, welche die Verſendung der Acten und die Fällung der Urthel erfordert hat, betrift, ſo kommen ſie auf dem Fall, daß der Angeſchuldigte ſchlechterdings freygeſprochen wird, entweder dem Gericht, oder dem Ankläger zur Laſt, in ſoferne nämlich erſteres entweder geſetzwidrig verfahren haben

s) BOEHMER *Tom.* 1. *P.* 2. *Reſp.* 932. *n.* 10.

haben ſollte t); oder letzterer einer Verläumdung wider den Angeſchuldigten überführet werden könnte u). Würde in dem eigentlichen Anklagsproceß der Angeklagte nach angewandten Reinigungs-Mitteln freigeſprochen, ſo leidet es nach den bekannten Rechts-Grundſätzen keinen Zweifel, daß ſowohl von dem Ankläger, als von dem Angeklagten die Verſchickungs-Koſten zu gleichen Theilen getragen werden müſſen x). Gegentheils iſt ein bloßer Angeber, oder Denuntiant, in ſofern er ſeine Rüge auf richtig befundene Anzeigen gebauet hat, zu den Verſchickungs-Koſten, welche die Einholung des Erkenntniſſes erfordert hat, nur auf dem Fall, daß das letztere ſeine eigenen beſonderen Rechte beſtimmen ſoll, und der Angeſchuldigte vermögenlos iſt y), gehalten z). Würde der Angeſchuldigte verurtheilet, oder auch zwar freygeſprochen, inzwiſchen durch ſein eigenes ſträfliches Benehmen zu der wider ihn verhängt geweſenen Inquiſition die Veranlaſſung gegeben haben;

t) Art. 201. P. G. O. BOEHMER *de expenſ. crimin. c.* 3. §. 10.

u) Art. 12. 61. P. G. O.

x) Art. 61. und 75. P. G. O. BOEHMER *ad art.* 61. *CC.* §. 4.

y) Art. 107. 157. 213. P. G. O. Carrach in den rechtl. Anmerkungen von der Schuldigkeit die Unkoſten einer Inquiſition zu tragen, Halle, 1774. §. 7.

z) BECKER *de tertia ſpecie proceſſ. mixti ſeu denuntiatorii eiusque indole et different. a proceſſ. tam ciuili quam criminali*, *Roſt.* 1760. §. 15.

haben; ſo iſt derſelbe, ſo wie überhaupt zu den geſammten Unterſuchungs-Koſten, alſo auch insbeſondere zu den Verſchickungs-Koſten gehalten [aa]). Bey einem vorhandenen Unvermögen des Inquiſiten ſind dieſe Koſten, ohne unter den Anklags- und Unterſuchungs-Proceß zu unterſcheiden, von Gerichtswegen zu tragen [bb]).

Obzwar diejenigen Koſten, welche lediglich und allein in der Ungeſchicklichkeit des Gerichts ihren Grund haben, dem letzteren, oder wenigſtens denjenigen Mitgliedern, die jene ſich haben zu Schulden kommen laſſen, zur Laſt fallen, und der Angeſchuldigte zu deren Wiedererſetzung der Regel nach nicht gehalten iſt [cc]); ſo laſſen ſich gleichwohl dieſe Grundſätze auf diejenigen Koſten, welche die Verſchickung der Acten, wenn ſolche gleich an ſich betrachtet unnöthig war, erfordert hat, nicht füglich anwenden, indem die Gerichte in peinlichen und Strafſachen unbeſtimmt dahin angewieſen ſind, in ſolchen Fällen, da ſie zweifeln, oder Bedenklichkeiten haben, die Acten an die Rechtsgelehrten zu verſenden [dd]).

Da die peinliche Gerichts-Ordnung die Nothwendigkeit, in peinlichen Fällen unter den angezogenen

aa) LEYSER *Spec.* 89. *Cor.* 1. und *Spec.* 90. *n.* 1. Meiſter in den rechtl. Erkenntniſſen in peinlichen Fällen *Dec.* 50. *n.* 27. *Reſp.* 59. *n.* 54.

bb) Art. 61. 154. 176. P. G. O. Meiſter a. O. *Dec.* 50. *n.* 27.

cc) Art. 72. und 209. P. G. O.

dd) Art. 219. P. G. O.

genen Umſtänden die Acten zu verſenden, eigentlich nur ſolchen Gerichten anſleget, die mit genugſam erfahrnen und der Rechte kundigen Perſonen nicht beſetzet ſind; ſo ergiebet ſich daher von ſelbſt, daß höhere Gerichte, z. B. Landes-Regierungen, Oberappellationsgerichte, Hofgerichte, Juſtitz-Kanzleyen und andere den letzteren an Einrichtung gleich kommende Gerichte, hierunter nicht füglich begriffen werden können, ſondern, daß dieſe eben genannten Gerichte, ſelbſt in ſchweren Criminal-Fällen zu einer Verſendung der Acten, der Regel nach, nicht gehalten ſind. Obzwar dieſe Grundſätze von allen mir bekannten Rechtsgelehrten angenommen zu werden pflegen; ſo glaube ich dennoch hiebey nicht ohne Grund die Einſchränkung: Daß die bemeldeten höheren Gerichte nicht lediglich aus ſolchen Mitgliedern, die den Inquiſitions-Proceß entweder angeordnet, oder denſelben wenigſtens als Beyſitzer beygewohnet haben, beſtehen müſſen, machen zu können. Nicht ohne Urſache meyne ich vielmehr verlangen zu können, daß noch wenigſtens zwey bis drey Glieder des Gerichts vorhanden ſeyn müſſen, die an der bisherigen Inquiſition keinen Antheil genommen haben, und die daher das Verfahren ihrer Collegen unpartheyiſch zu beurtheilen im Stande ſind. Würden nun aber ſolche Glieder entweder nicht vorhanden ſeyn, oder auch mit den Meynungen derjenigen Mitglieder, welche die Inquiſition geführet haben, nicht übereinſtimmen; ſo würde in dem erſten Fall eben derſelbe Grund, warum die mit den peinlichen Gerichten verſehene Landſaſſen

und

und Städte, vermöge der oben angeführten Grundſätze, zu der Verſendung der Acten gehalten ſind, wenn ſie gleich aus dreyen gelehrten und erfahrnen Männern beſtehen mögten, vorhanden ſeyn. Würden aber die übrigen Glieder des Gerichts mit den Meynungen derjenigen, welche an der Inquiſition unmittelbaren Antheil nehmen, oder genommen haben, nicht übereinſtimmen; ſo iſt unſtreitig der ſicherſte Weg, welcher auch überhaupt durch die peinliche Gerichts-Ordnung beſtätiget worden, daß ſodann die Criminal-Acten an ein unpartheyiſches Rechtscollegium zur Abfaſſung des Erkenntniſſes verſandt werden. Es pflegen jedoch auch die Obergerichte, um den Angeſchuldigten allen ſcheinbaren Grund zu vermeinten Beſchwerden zu nehmen, nach dem Gerichtsgebrauch, die Acten unter denjenigen Umſtänden, unter welchen die Niedergerichte dazu verbunden ſind, in Criminal- und Strafſachen ſodann zu verſenden, wenn der Angeſchuldigte darum beſonders bitten ſollte [ee]); wenn das Verbrechen, wovon die Rede iſt, entweder wider das ganze Collegium

ee) Man pfleget einem Angeſchuldigten die Bitte um Verſendung der Acten auch nicht einmal ſodann abzuſchlagen, wenn er gleich entweder überall keine, oder doch wenigſtens keine hinlängliche Gründe zur Gewährung derſelben vorbringen ſollte, indem ein ſolcher Antrag überhaupt als eine Art der Vertheidigung anzuſehen iſt, und einem Angeſchuldigten die Art und Weiſe ſeine Vertheidigung zu führen billig frey bleiben muß. *L. 21. C. de probat.*

legium [ff]), oder einige Mitglieder deſſelben, oder wider deſſen Obere begangen worden; wenn der Angeſchuldigte ſich über das wider ihn beobachtete Verfahren aus ſcheinbaren Urſachen beſchweren zu können, glauben ſollte; wenn das Obergericht ſchon einmal in der Sache erkannt hat, und dem Angeſchuldigten wider ein ſolches Erkenntniß eine Vertheidigung zugeſtanden worden [gg]); wenn ferner die Mitglieder eines ſolchen Collegiums wegen der Abfaſſung des Erkenntniſſes ſich nicht vereinbaren können, vielmehr deshalb in ihren Meynungen getheilet ſind; wenn endlich andere ähnliche, oder vielleicht noch wichtigere Gründe die Verſendung der Acten anrathen ſollten. Das Anſehen und die Verbindung, in welcher ein Angeſchuldigter, oder auch nur ſeine Anverwandte, in dem Staat oder mit dieſem und jenem vornehmen und angeſehenen Manne ſtehen, giebt ebenfalls, aus leicht einzuſehenden Urſachen, genugſamen Anlaß die Acten in Criminal- und Strafſachen an ein unpartheyiſches Rechtscollegium zu verſenden.

Wann ich die Lehre von der Verſendung der Acten in peinlichen Fällen, wie gleichwohl meine Abſicht nicht iſt, vollſtändig abhandeln wollte; ſo müßte ich nun noch ſowohl von demjenigen, was bey der Verſendung der Acten von Gerichtswegen, und von dem Angeſchuldigten, oder deſſen Ver-

ff) MEV. *P.* 8. *Dec.* 198. *n.* 6. HARPR. *Dec.* 26. *n.* 30.

gg) Weſtphal im Criminalrecht. Leipzig 1785. in der 160ſten Anmerkung S. 884. §. 3.

Vertheidiger zu beobachten iſt, als auch von den eigentlichen Pflichten der auswärtigen Urtheilsfaſſer ſelbſt, und wie ſich die Gerichte, ſowohl nach geſchehener Verſendung der Acten, als bey deren erfolgten Rückkunft, zu verhalten haben, das Nöthige vortragen. Weil ich aber alles dieſes bereits an einem andern Ort [hh]), wie ich meyne, vollſtändig aus einander geſetzet habe, meine gegenwärtige Abſicht bey dieſer jetzigen Abhandlung auch eigentlich nur auf eine genaue Beſtimmung derjenigen Fälle, wann eine Verſchickung der Acten in peinlichen Fällen ſtatt habe, und auf einige andere dabey merkwürdige Umſtände gerichtet iſt; ſo laſſe ich es auch nunmehro, nachdem ich ſolche entwickelt habe, dabey bewenden.

hh) Grundſätze des deutſchen peinlichen Rechts. Dritte Auflage. §. 770-775.

II.

Ob und in wieferne einem leiblichen Vater die Vormundſchaft, und die Verwaltung der Güther ſeiner Kinder durch letzte Willens-Verordnungen nach gemeinem Recht genommen werden könne?

Obwohl nach dem Römiſchen [a]) und Canoniſchen Recht [b]) die zwote Ehe ohne Unterſchied der Geſchlechter verhaßt war; ſo ſind gleichwohl verſchiedene Rechtslehrer der Meynung: Daß das vormalige odium ſecundarum nuptiarum heutiges Tages nicht ferner ſtatt finde [c]); daß folglich der überlebende Ehegatte durch die Wiederverheyrathung das Eigenthum der ihm von dem Verſtorbe-

a) *L.* 1. 3. §. 1. und *L.* 5. und 6. *C. de ſecund. nupt. L.* 7. und *Auth. quod filio donat. C. de reuoc. donat. Nouella* 22. *c.* 23. 27. 41. BOHEMER *de poen. ſecund. nupt. ſpur. et genuin. Francof.* 1758.

b) *C.* 9. 10. *C. XXXI. q.* 1. BOEHMER *in Iur. Eccl. Proteſt. T.* 4. *L.* 4. *Tit.* 21.

c) CARPZOV. *P.* 2. *Conſt.* 43. *def.* 17. BERGER *in Oecon. Iur. Lib.* 1. *Tit.* 3. *Th.* 8. *n.* 2. und *L.* 2. *Tit.* 4. *Th.* 45. *n.* 11. STRYCK *de Succeſſ. ab inteſt. Diſſ.* 1. *c.* 2. §. 8. BROCKES *Select. Obſ. forenſ. Obſ.* 341. HOFFER *de L.* 6. *C. de Sec. nupt. ad mores German. caute applicand. Alt.* 1739.

ſtorbenen vermachten, oder geſchenkten Güther nicht verliere [d]), und daher zu der Leiſtung einer ſogenannten cautionis vſufructuariae nicht gehalten ſey [e]). Wann nun gleich andere Rechtslehrer [f]) hiebey verſchiedene Einſchränkungen gemacht haben, und beſonders die Vorſchrift des Römiſchen Rechts, nach welcher der überlebende und ſich wieder verheyrathende Ehegatte das Eigenthum der ihm von dem Verſtorbenen hinterlaſſenen, oder geſchenkten Güther verlieret, und lediglich nur den Nießbrauch davon behält, auch deshalb gehörigen Vorſtand leiſten muß, beſonders ſodann in Anwendung gebracht wiſſen wollen, wenn Kinder aus der erſten Ehe vorhanden ſind, folglich derſelben beſonderer Vortheil eintritt; ſo hat es doch im übrigen nicht den mindeſten Zweifel, daß, ohngeachtet der erfolgten Wiederverheyrathung, ein Vater, der Regel nach, die väterliche Gewalt ſamt allen daraus entſpringenden Wirkungen behalte, auch den Nießbrauch und die freye Verwaltung der Güther ſeiner Kinder, ſolange

d) Dieſes verordnet insbeſondere das Römiſche Recht in den *L.* 1. 3. und 5. *C. de ſecund. nupt. L.* 5. *C. ad SCtum Tertull. Nouella* 22. *c.* 23. und 46.

e) Dieſes will insbeſondere der *L.* 6. §. 1. *C. ad SCtum Trebellian.*

f) COTHMANN *Vol.* 3. *Reſp.* 45. *n.* 95. BOEHMER *de poen. ſecund. nupt. ſpur. ac genuin.* §. 8. ALSEN *de eo quod hodie juris eſt circa poen. ſecund. nupt. ſcript. Goet.* 1751. §. 11. 12. 30. 32. Schmidts öffentliche Rechtsſprüche, Erſter Abſchnitt, *n.* VI.

ſolange nämlich ſeine väterliche Gewalt über dieſelben dauret, ſich ferner mit Rechtsbeſtande anmaſſen könne [g]). Die Rechte verbinden auch einen ſich wieder verheyrathenden Vater ſo wenig zur Errichtung eines Inventariums und Formirung ordentlicher Rechnungen [h]), als ſie ihn zu einer eydlichen Specification und Leiſtung förmlicher Caution gehalten wiſſen wollen [i]). Eben ſo wenig ſtehet einem Vater, der nach ſeiner Wiederverheyrathung die Vormundſchaft ſeiner Kinder fortſetzet, anzumuthen, bey etwa vorzunehmenden Veräuſſerungen der unbeweglichen Güther ſeiner Kinder, wie ſonſt andere Vormünder thun müſſen, obrigkeitlichen Conſens nachzuſuchen [k]), obwohl, da auch hierunter einige Rechtslehrer anderer Meynungen ſind [l]), es für den Käufer an gerathen.

g) *L.* 4. *C. de bon. quae lib.*

h) *Arg. L.* 6. §. 2. und *L.* 8. §. 4. *C. de bon. quae lib.* BERGER *in Oecon. Iur. Lib.* 1. *Tit.* 4. *Th.* 4. *n.* 2.

i) STRYCK *de cautel. teſtament. P.* 3. *S.* 3. *c.* 1. *n.* III. PVFFENDORF *P.* 1. *Obſ.* 98. §. 18. Daß ein Vater wegen des eigenthümlichen Vermögen ſeiner Kinder, wovon er den Nießbrauch ziehet, in dem Fall, da er zur zwoten Ehe ſchreitet, gehörigen Vorſtand beſtellen müſſe, behauptet BROCKES *Obſ.* 341.

k) *L.* 8. §. 5. *C. de bon. quae lib.* LEYSER *Spec.* 165. *n.* 9. WERNHER *P.* 3. *Obſ.* 35. Struben in dem 2ten Theil der rechtl. Bedenken *n.* 103.

l) *Arg. L. fin.* §. 2. *C. de Sent. paſſ.* GAIL *Lib.* 2. *Obſ.* 72. *n.* 14. MYNSINGER *Cent.* 6. *Obſ.* 61. *n.* 4.

rathenſten iſt, wenn er bey einer ſolchen Veräuſſerung auf Beybringung obrigkeitlicher Einwilligung beſtehet [m]). Nach dem Gerichtsgebrauch ſtehet demnach einem leiblichen Vater bey etwa erfolgter Wiederverheyrathung wider Willen nicht anzumuthen, daß er beſondere Vormünder für ſeine Kinder beſtellen laſſe, indem er vielmehr angezeigtermaſſen die Vormundſchaft ſelbſt führen, auch die Art der Erziehung nach ſeinem eigenen Gefallen veranſtalten kann, und zu allen dieſem keine obrigkeitliche Beſtätigung gebrauchet [n]). Der wahre Grund des Unterſchiedes, den hierunter die Geſetze unter einem Vater und einer Mutter machen, iſt vornehmlich darin zu ſetzen, weil nach denſelben zwar, von dem Vater, der geſchehenen Wiederverheyrathung ohngeachtet, zu vermuthen iſt, daß er gleichwohl die zärtlichſten Geſinnungen gegen ſeine Kinder beybehalten, und keine andere Leidenſchaft, jene zu verdrängen, im Stande ſeyn werde [o]), gegentheils aber von der Mutter, die ſich wieder verheyrathet, zu vermuthen iſt, daß die Liebe zu ihren Kindern erſter Ehe, wo

m) Struben a. O. und der dort angeführte FROMMANN *de adminiſtrat. aduentit. legitima* §. 38.

n) *de* CRAMER *Tom.* 3. *Obſ.* 858. Von demjenigen, was hierunter das Lübeckſche Recht vorſchreibet, iſt mit mehrem nachzuſehen. Stein in der Abhandlung des Lübeckſchen Rechts B. 1. Tit. 7. und B. 2. Tit. 2. §. 203. *ſeqq.*

o) *L.* 22. §. *vlt. ad L. Iul. de adulter. L.* 4. *C. de ſponſal. L.* 36. §. *vlt. de excuſat. tut. L.* 7. *pr. C. de Curat. furioſor.*

wo nicht erlöſchen, doch ſehr vermindert werden möchte [p]). Ueberdieß iſt dasjenige, was die Geſetze wegen des Verluſtes der Vormundſchaft bey geſchehener Wiederverheyrathung, in Abſicht auf die Mutter aus den bemerkten und als richtig vorausgeſetzten Gründen beſonders vorſchreiben, nur lediglich auf dieſelbe einzuſchränken, keinesweges aber auch auf den Vater auszudehnen [q]). In ſoferne demnach nicht ausdrückliche Landesgeſetze vorhanden ſeyn ſollten, die das Gegentheil verordnen, liegt es dem Vater bey der Verwaltung des mütterlichen Vermögens ſeiner Kinder nicht einmahl ob, derſelben nächſte Verwandten zu Rathe zu ziehen [r]). Weil inzwiſchen diejenige vorzügliche Gewalt, welche die Geſetze einem Vater über ſeine Kinder, auch nach aufgehobener Ehe, woraus die Kinder erzeuget worden, einräumen, nicht zum Schaden derſelben und zur Verſchwendung ihres Vermögens angewandt werden kann [s]); ſo leiden auch die bisher angeführten Grundſätze, nach welchen der Vater auch nach vollzogener

 zwoten

p) *L. 22. C. de adminiſtrat. tut.*

q) BERGER *c. l.*

r) PUFFENDORF *Tom.* I. *Obſ.* 200., welcher merkwürdig ſchreibt: finge, liberos ſub patria poteſtate conſtitutos nouam matrem accipere. Atqui patrem habenti tutor dari nequit. Conueniens igitur non eſt, vt tum tutores, vel curatores liberis conſtituantur, ſed patris auctoritas tutorum certe conſenſum et eorum, qui pro tutoribus ſubſtituuntur, ſupplet.

s) *L. 13. §. 2. C. de Sentent. paſſ.*

zwoten Ehe der natürliche Vormund und Verwalter von dem Vermögen ſeiner Kinder bleibet, billig ſodann eine Einſchränkung, wenn derſelbe bewieſenermaſſen vielleicht ein Durchbringer ſeyn oder werden ſollte, bey welchem demnach die Kinder in Gefahr ſtünden, das Ihrige zu verliehren. Denn unter ſolchen Umſtänden kann ein Vater, ohne zu unterſcheiden, ob er zur zwoten Ehe geſchritten ſey, oder nicht, der ferneren Fortführung ſeiner Vormundſchaft entſetzet, und ſolche nach dem Ermeſſen der zuſtändigen Obrigkeit, als Obervormundes, anderen Perſonen übertragen werden [t]). Allein, auch auſſer einem ſolchen Fall kann ein Vater die Vormundſchaft und die Verwaltung des Vermögens ſeiner Kinder nicht weiter führen, wenn ihm dieſelbe in dem letzten Willen derjenigen, welche die Kinder entweder aus freyem Willen oder vermöge geſetzlicher Vorſchriften zu Erben eingeſetzet haben, entweder ausdrücklich genommen [u]), oder wenigſtens ſtillſchweigend dadurch

t) *de* CRAMER *Tom.* I. *Obſ.* 347.

u) *Nouella* 117. *cap.* I. Sancimus igitur, licentiam eſſe matri et auiae aliisque parentibus, poſtquam reliquerint filiis partem, quae lege debetur, quod reliquum eſt ſuae ſubſtantiae, ſiue in ſolidum voluerint, ſiue in partem, filio vel filiae, nepoti vel nepti, et deinceps deſcendentibus, donare, aut etiam per vltimam relinquere voluntatem, ſub hac conditione, ſi voluerint, *vt pater*, *aut*, *qui omnino eos habent in poteſtate*, *in his rebus neque vſumfructum*, *neque quodlibet penitus habeant participium.* Haec

dadurch, daß dem Vater der Nießbrauch von dem Vermögen ſeiner Kinder nicht geſtattet, entzogen worden [x]). Nach dem Gerichtsgebrauch hat es daher *nicht* den mindeſten Zweifel, daß derjenige, der *gewiſſe* der väterlichen Gewalt annoch unter*worfene* Kinder zu Erben einſetzet, den Vater derſelben von allem Nießbrauch und aller Verwaltung des Vermögens, auch, was den Pflichttheil anlanget, ausſchlieſſen, gegentheils aber die Vormundſchaft im Betref der Verwaltung des Vermögens, ſolchen Perſonen, die überall nicht einmal zu der Verwandſchaft gehören, übertragen [y]), und ſowohl das eine, als das andere ohne Daſeyn, oder Anführung hinlänglicher Urſachen thun und vornehmen könne [z]). Es hat ferner kein Bedenken, daß auch die Art und Weiſe, wie die Verwaltung des Vermögens mit Ausſchluß des Vaters geſchehen ſolle, lediglich von dem Willen desjenigen, der die Kinder zu Erben eingeſetzet hat,

 abhän-

Haec enim et extraneis relinqui poterant, vnde nulla parentibus vtilitas naſceretur. Hoc itaque non ſolum parentibus, ſed etiam omni perſonae licere praecipimus.

x) MEV. *P.* 7. *Dec.* 356. *n.* 8.

y) Fiſcher im Lehrbegrif der Kammeral- und Polizeyrechte, im erſten Bande §. 296.

z) CARPZOV *P.* 2. *Conſt.* 10. *Def.* 11. *n.* 10. *ſeqq.* TITIVS *in Iur. priuat. Lib.* 6. *c.* 12. §. 14. *ſeqq.* SCHORCH *in Reſp. et Sentent. ſelect. Sent.* 221. *n.* 17. 18.

abhängen müſſe [aa]). Weil auch bey der Erklärung eines letzten Willens am meiſten auf die wahrſcheinliche Abſicht des Teſtirers geſehen werden muß, dieſe aber bey ausdrücklich eingeſetzten Vormündern und Verwaltern des den Kindern hinterlaſſenen Vermögens, keine andere ſeyn kann, als den etwa lebenden Vater von aller Theilnehmung und Mitverwaltung auszuſchlieſſen; ſo folget hieraus von ſelbſt, daß in dem Fall, da die von dem Erblaſſer eingeſetzten Vormünder bey deſſelben Ableben entweder bereits verſtorben ſeyn ſollten, oder auch die Vormundſchaft nicht übernehmen wollten, oder auch nachhin fehlten, in Ermangelung beſonderer und in dem letzten Willen enthaltener näherer Vorſchriften, von der zuſtändigen Obrigkeit andere taugliche Perſonen zu Vormündern und Verwaltern des Vermögens beſtellet werden können und müſſen [bb]). Weil inzwiſchen

aa) Es kann daher keinem Zweifel unterworfen ſeyn, daß auch diejenige verhältnißmäßige Belohnung und Vergütung, die ſolchen Vormündern von dem Teſtirer zugebilliget worden, ihre rechtsbeſtändige Gültigkeit habe. *L.* 33. §. 3. *in fin. de adminiſtrat. et peric. tut.* MENCK *de Salar. tut. et curat.* §. 7.

bb) *Nouella* 117. *cap.* 1. *in fin.* Si forſan is, qui relinquit, aut donat, nullum his diſpenſatorem ordinauerit, aut ab eo datus huiusmodi gubernationem ſubire noluerit, aut moriatur, antequam illi perfectae fiant aetatis, iubemus iudicem competentem curatorem fide dignum cum legitima fideiuſſione rebus talibus ordinare, qui debeat relictam talibus perſonis ſubſtantiam gubernare

zwiſchen die Beraubung des Nießbrauchs und der Verwaltung des Vermögens der unter väterlicher Gewalt ſich befindenden Kinder der Regel nach, und bis auf gegentheilige ausdrückliche Erklärung des Erblaſſers, in keine wege zu vermuthen ſtehet; ſo iſt auch, meinem wenigen Ermeſſen nach, unter zweifelhaften Umſtänden allemal die Vermuthung anzunehmen, daß eine ſolche Verfügung ſich nur auf den Fall der Wiederverheyrathung beziehe, zumal, wenn die Rede von Müttern und Großältern mütterlicher Seite iſt, die ihre Kinder und Enkel zu Erben einſetzen, und derſelben Väter von der Verwaltung ausſchlieſſen cc). Inzwiſchen verſtehet ſich hiebey von ſelbſt, daß, wenn der Erblaſſer unbeſtimmt in deutlichen und keiner verſchiedenen Auslegung fähigen Ausdrücken dem natürlichen Vater den Nießbrauch und die Verwaltung entzogen hat, ſeine Verfügung, der Regel nach, ſowohl von dem Fall der Wiederverheyrathung, als von demjenigen, da dieſelbe unterbleibet, mithin ohne alle Einſchränkung verſtanden werden müſſe.

Ob nun zwar der Satz: Daß diejenigen, die ihre Kinder, oder Enkel, oder ſonſt andere Perſonen, zu Erben einſetzen, nach ihrem eigenen Gefallen die Vormünder derſelben beſtimmen,

 auch

bernare atque cuſtodire, donec illi ad perfectam aetatem perueniant. In illis caſibus legem, quae vſum parentibus praebet, volumus cuſtodiri, quibus non ineſt ſpecialiter huiusmodi conditio.

cc) *L. 114. D. de reg. Iur.*

auch die Art und Weiſe, wie die Verwaltung des hinterlaſſenen Vermögens eigentlich geſchehen ſolle, vorſchreiben können, an und für ſich keinem Zweifel unterworfen ſeyn kann: ſo wollen gleichwohl angeſehene Rechtslehrer [dd]), daß der von der Vormundſchaft und Verwaltung des Vermögens ſeiner Kinder ausgeſchloſſene Vater, wegen der eventuellen Hofnung der Erbfolge das Recht habe, von den beſtellten Vormündern das Inventarium und die Mittheilung der von ihnen geführten Rechnungen zu verlangen, und daß ihm ferner freyſtehe, den geſetzten Vormündern gutgemeinte Erinnerungen zu machen. Dieſe Befugniſſe, die einige Rechtslehrer dem von der Verwaltung des Vermögens ſeiner Kinder ausgeſchloſſenen Vater zugeſtehen, haben in der Billigkeit ihren Grund, und ſind daher ſodann ungezweifelt in Anwendung zu bringen, wenn dem Vater die eventuelle Erbfolge nicht genommen, vielmehr beſtätiget worden. Gegentheils aber fällt, meinem Bedünken nach, der Grund der Anwendung von ſelbſt weg, wenn der Vater von der etwanigen Erbfolge ſeiner Kinder, wegen des denſelben mit Ausſchluß des Vaters vermachten Vermögens, ausdrücklich ausgeſchloſſen ſeyn ſollte. Denn, in dieſem Fall kann der Vater das Inventarium und die Mittheilung der geführten Rechnungen nicht verlangen, es wäre dann, daß er die Einſicht des Inventariums nur lediglich, um die Größe des Pflichttheils zu wiſſen, begehren mögte, und der Erblaſ-

dd) MEV. *P.* 7. *Dec.* 356. *in fin.*

Erblaſſer, oder die Erblaſſerin, insbeſondere entweder die Mutter, oder der Großvater, oder die Großmutter geweſen ſeyn ſollten. Denn, da bekannten Rechten nach in dem mütterlichen Teſtament und in dem letzten Willen der Großältern, der Pflichttheil keine Beſchwehrung und Bedingung zuläßt [ee]); folglich deſſelben wegen dem Vater die etwanige Erbfolge nicht entzogen werden kann; ſo hat es auch keinen Zweifel, daß unter ſolchen Umſtänden dem Vater die Befugniß, die Mittheilung des aufgenommenen Inventariums verlangen zu können, um die eigentliche Größe des Pflichttheils mit genugſamer Zuverläſſigkeit zu wiſſen, nicht füglich abgeſchlagen werden könne. Niemal aber, und unter keinerley Vorwand, kann inzwiſchen, meiner Einſicht nach, dem Vater die ihm ſchon nach dem Recht der Natur zuſtehende Befugniß, ſeine Kinder zu erziehen und die dazu erforderlichen Mittel zu erwählen, durch irgend ein Teſtament gänzlich genommen werden, wiewohl auf dem Fall, da derjenige, welcher die Kinder zu Erben eingeſetzet hat, zugleich eine von den Geſinnungen und Grundſätzen des Vaters abſtimmende Art der Erziehung vorgeſchrieben haben ſollte, alles auf die Entſcheidung der Obrigkeit, als Obervormundes ankommen würde. Da inzwiſchen für die Verfügungen der Mutter und der Großältern, wegen der vorgeſchriebenen Erziehungsart eben dieſelbe gute Vermuthung vorwaltet, zumal, wenn ſie ihre Kinder, oder Enkel ſogar

ee) *L. 30. C. de inoffic. teſtament.* BERGER *c. l. Lib. 2. Tit. 4. Th. 15. n. 9.*

ſogar zu Erben einſetzen, als, die der Regel nach für den Vater ſtreitet; ſo pfleget auch davon ohne die wichtigſten Urſachen nicht leicht abgegangen zu werden. So wie nun bey dem Mangel erheblicher Gründe, dem Vater, wenn er gleich zur zwoten Ehe ſchreiten ſollte, ſein Verlangen, die Kinder bey ſich und in ſeinem Hauſe zu haben, um für ihre Erziehung deſto mehr pflichtmäſſig ſorgen zu können, nicht leicht abzuſchlagen iſt; ſo dürfen es dennoch die beſtellten Vormünder niemal an einer gehörigen Aufſicht ermangeln laſſen, vielmehr müſſen ſie bey etwa entdeckten Fehlern oder Mängeln, für deren Abſtellung alle Sorge tragen, und ſich hierunter, wenn in dem letzten Willen des Erblaſſers etwas Zweckdienliches verordnet worden, darnach genau richten, inzwiſchen unter allen Umſtänden die Beſtätigung der zu ergreifenden Maaßregeln, in ſoferne ſie von einiger Wichtigkeit ſeyn mögten, bey den Obervormunde nachſuchen.

Würde in dem letzten Willen derjenigen, die gewiſſe Kinder zu Erben eingeſetzet, und den leiblichen Vater derſelben von der Verwaltung des hinterlaſſenen Vermögens ausgeſchloſſen haben, nichts von der künftigen Erbfolge beſtimmet ſeyn, folglich dieſelbe dem natürlichen Vater nach der gewöhnlichen Erbfolge verbleiben; ſo hat zwar angeführtermaſſen das Begehren des Vaters um Mittheilung des Inventariums und der geführten Rechnungen keinen Zweifel. Allein, da eine ſolche Befugniß ſich lediglich auf die künftige Erbfolge beziehet, keinesweges aber zugleich in einer

Mitvor-

Mitvormundſchaft und Mitverwaltung des Vermögens der Kinder beſiehen kann; ſo gebühret auch dem Vater nur ſodann das Recht, dieſen, oder jenen Veranſtaltungen zu widerſprechen, wenn er bey ſeiner Hofnung zur Erbfolge erweißlich künftig unmittelbar darunter leiden könnte, mithin ſolchergeſtalt die Rede lediglich von Abwendung künftiger Gefahr und Schäden ſeyn mögte. Im übrigen aber hat es zwar angeführtermaſſen keinen Zweifel, daß die gutgemeynten Erinnerungen des leiblichen Vaters, wegen der Verwaltung des ſeinen Kindern zuſtändigen Vermögens, von den Vormündern niemal zu verwerfen ſind, zumal, wenn ſie die Beförderung des wahren Beſtens der Kinder zum Augenmerk haben, und zwar ohne zu unterſcheiden, ob dem Vater in dem letzten Willen die Hofnung der eventuellen Erbfolge genommen, oder beſtätiget worden ſey. Gegentheils aber können die gemachten Erinnerungen und Widerſprüche, des von der Vormundſchaft und Verwaltung ausgeſchloſſenen Vaters, nicht die mindeſte Aufmerkſamkeit verdienen, in ſoferne ſie den von dem Erblaſſer insbeſondere gemachten Vorſchriften zuwider ſeyn, oder auch, welches jedoch der Regel nach nicht zu vermuthen, an ſich unſtatthaft und zweckwidrig, nach vorgängiger Prüfung und obrigkeitlichem Ermeſſen, befunden werden ſollten.

III. Ueber

III.

Ueber die angeblich von einer Frauensperſon verübte Nothzucht und deren Strafe.

Nach den Meynungen angeſehener Rechtslehrer [a]) kann ein Frauenzimmer, das eine Mannsperſon wider Willen und mit Gewalt zur Vollbringung der Unzucht gebracht hat, nicht allein der verübten Nothzucht wegen angeklaget, ſondern auch, im Fall ſie die That nicht zu leugnen begehret, oder derſelben rechtlich überwieſen wird, in Ermangelung genugſamer Milderungs-Gründe, auf gleiche Weiſe, als die Geſetze von einer Nothzucht, die von Mannsperſonen verübet worden, vorſchreiben [b]), beſtrafet werden [c]). Diejenigen Rechtslehrer, die der eben angeführten Meynung zugethan ſind, halten dieſelbe um ſoweniger für zweifelhaft, weil in beyden Fällen, es möge nämlich der Nothzüchtiger eine Manns- oder

a) BEYER *ad Pandect. Lib.* 48. *Tit.* 5. *Poſ.* 33. KOCH *Inſt. Iur. Crimin.* §. 283.

b) Art. 119. P. G. O.

c) KRESS *ad art.* 119. *CC.* §. 9. *de* BOEHMER *ad* CARPZOV *q.* 75. *Obſ.* 2. und *q.* 133. *Obſ.* 2. Ebenderſelbe *in Meditatt. ad CC. art.* 119. §. 10. MEISTER *in Princip. Iur. Crimin. S.* 2. *P.* 2. *c.* 23. §. 3. *n. a.*

oder Frauensperſon ſeyn, einerley Verbrechen vorhanden iſt, und nur lediglich die Perſonen verſchieden ſind, folglich auch eben dieſelben Grundſätze ſtatt finden müſſen. Aus dieſer Urſache befürchten die angezogenen Rechtslehrer nicht, daß ihrer Behauptung der Einwurf: Daß die Geſetze eines ſolchen Falles, da eine Frauensperſon eine eigentliche Nothzucht verübet hätte, nicht erwähnen, füglich gemacht werden könne [d]), weil der Regel nach nicht ſowohl auf die Worte, als vielmehr auf den Grund des Geſetzes und auf die Aehnlichkeit des Rechts geſehen, und darnach der eigentliche Sinn des Geſetzes beurtheilet werden müſſe [e]). Andere Rechtslehrer ziehen zwar die Hauptſache, oder die Möglichkeit des Corporis delicti, daß nämlich ein Frauenzimmer eine Mannsperſon würklich nothzüchtigen und mit Gewalt zur Vollendung der Unzucht zwingen könne, nicht in Zweifel, ſie leugnen aber wegen des ganzen Zuſammenhanges des Art. 119. P. G. O. die daraus hergeleitete Folge, und wollen daher, daß, weil die Beſchaffenheit und Größe der zugefügten

d) Art. 119. P. G. O. Item, ſo jemand einer unverleumdten Ehefrauen, Witwen, oder Jungfrauen mit Gewalt und wider ihren Willen ihr jungfreulich, oder freulich Ehre nehme, derſelbe Uebelthäter hat das Leben verwirkt, und ſoll auf Beklagung des Benöttigten in Ausführung der Miſſethat einem Räuber gleich, mit dem Schwert vom Leben zum Todt gericht werden.

e) *de* BOEHMER *ad* CARPZOV. *cc. ll.*

fügten Beleidigung in dem Fall, da eine Mannsperſon an einer Frauensperſon eine Nothzucht verübet hat, größer, als in dem umgekehrten Fall ſey, auch billig, wenn letzterer eintrete, eine gelindere Strafe ſtatt ſinden müſſe [f]). Bey Annahme dieſer letzteren Meynung ſcheinet es gleichwohl, daß ſich die Vertheidiger derſelben ſelbſt widerſprechen. Denn, im Fall man die Sache, oder daß ein Frauenzimmer eine Mannsperſon mit Gewalt und wider Willen zur Vollbringung der Unzucht, mithin zur fleiſchlichen Vermiſchung, zwingen, folglich ſodann eine eigentliche Nothzucht, die nach den Geſetzen mit dem Tode zu beſtrafen iſt, vorhanden ſeyn könne, zugiebet; ſo muß auch die Anwendung der Schärfe des Geſezzes, das die Strafe der Nothzucht beſtimmet, unbedenklich ſeyn. Hiezu kommt, daß ein Verbrechen der Regel nach um deſto größer zu halten ſey, weil es von ſolchen Perſonen, die ihres moraliſchen oder phyſicaliſchen Zuſtandes halber noch beſondere Bewegungs-Gründe hatten, es zu unterlaſſen, begangen worden [g]). Solchergeſtalt wäre allem Anſehen nach eine Nothzucht, die von einer Frauensperſon mit gänzlicher Verleugnung der ihrem Geſchlecht ſonſt eigenen Schamhaftigkeit verübet

f) FROELICH *P.* 2. *p.* 244. BLVMBLACHER *ad art.* 118. *CC.* DAMHOVDER *Pr. Crim. c.* 95. *n.* 17. KOCH *c. l.* §. 291. *Schol.*

g) *L.* 7. § 8. *de iniur. L.* 8. *C. de epiſc. audient.* Grundſätze des deutſchen peinlichen Rechts. Dritten Auflage §. 55. 56.

verübet worden, für ungleich ſträflicher, als wenn die Nothzucht von einer Mannsperſon wäre begangen worden, billig zu halten h). Diejenigen, welche die von Frauensperſonen erzwungene fleiſchliche Vermiſchung mit dem andern Geſchlecht für *eigentliche* und wahre Nothzucht anſehen, und ſie auch dergeſtalt beſtrafet wiſſen wollen, ſcheinen auch noch um deswillen vieles für ſich zu haben, weil es ausgemachten Rechtens iſt, daß eine Nothzucht überhaupt, nicht ſowohl nach den Grundſätzen gemeiner fleiſchlicher Verbrechen, als vielmehr nach denjenigen, die von öffentlichen Gewaltthätigkeiten gelten, zu beurtheilen iſt, folglich der mühſame Beweis des Corporis delicti wegen Einlaſſung des Saamens, und der Uebereinſtimmung beyder Verbrecher in Betracht aller und jeden Umſtände, der ſonſt bey fleiſchlichen Verbrechen erfordert zu werden pfleget, bey der Nothzucht nicht unumgänglich nöthig iſt, in ſoferne die würklich gewaltſamer Weiſe geſchehene fleiſchliche Vermiſchung an ſich keinem Zweifel unterworfen iſt i).

Die bisher angeführten Gründe, die dazu dienen ſollen, um die von einer Frauensperſon angeblich verübte Nothzucht nach den gemeinen Grundſätzen, die überhaupt von der Nothzucht gelten,

h) *de* BOEHMER *ad art.* 119. *CC.* §. 10.

i) Struben in dem dritten Theil der rechtl. Bedenken *n.* 24. *de* BOEHMER *ad* CARPZOV. Q. 75. *Obſ.* 5.

gelten, zu beurtheilen, fallen inzwiſchen bey nä⸗herer Unterſuchung von ſelbſt dahin. Denn alle diejenigen Rechtslehrer, welche die von einer Frauensperſon durch gewaltſame Mittel erzwun⸗gene fleiſchliche Vermiſchung für eine wahre und eigentliche Nothzucht angeſehen und beſtrafet wiſ⸗ſen wollen, ziehen die Sache ſelbſt, oder, daß eine Frauensperſon eine Mannsperſon gewaltſamer Weiſe zur Vollbringung der Unzucht zwingen kön⸗ne, nicht in Zweifel. Die phyſicaliſche Möglich⸗keit der Sache ſelbſt aber, oder, daß eine Frauens⸗perſon eine Mannsperſon, welche die mit ihr zu vollbringende Unzucht verweigert, folglich einen wahren Abſcheu und Widerwillen daran hat, den⸗noch gewaltſamer Weiſe zur fleiſchlichen Vermi⸗ſchung zwingen könne, müßte billig vor allen Din⸗gen durch die überzeugendſten Gründe dargethan werden. Denn, ſo lange man noch über die Mög⸗lichkeit der Sache, oder über die Frage: Ob eine Frauensperſon eine wahre Nothzucht an einer Mannsperſon verüben könne? ſtreitet, iſt es un⸗gereimt, die in der peinlichen Gerichts⸗Ordnung, der vollbrachten Nothzucht wegen, wiewohl unter andern Umſtänden, beſchriebene Strafe auf den Fall, da dieſelbe von einer Frauensperſon verübet worden, anwenden zu wollen [k]). Hieraus iſt es denn,

k) Claproth in dem ohnmaßgeblichen Entwurf eines Geſetzbuches, das Criminal⸗Recht be⸗treffend, im fünften Abſchnitt, im erſten Haupt⸗ſtück §. 1. findet nicht für nöthig, des Falles, da eine Frauensperſon eine würkliche Nothzucht verübet hät⸗te,

denn, meinem Bedünken nach, ohne beſondere Schwierigkeit zu erklären, warum ſowohl die Karoliniſche Halsgerichts-Ordnung, als andere in Deutſchland bekannt gewordene neuere Criminal-Geſetze [l]) diejenige Art der Nothzucht, die eine Frauensperſon verübet hat, gänzlich mit Stillſchweigen übergehen. Ich darf mich hiebey wohl eben nicht auf den Einwand: Daß auch verſchiedene Aerzte die Möglichkeit einer von Mannsperſonen verübten Nothzucht in Zweifel ziehen [m]), mit mehrerem einlaſſen. Denn eines theils würde derſelbe mehr für meine Behauptung, als wider dieſelbe ſeyn, und andern theils ſind die Verſchiedenheit bey beyden Geſchlechtern und die daraus herzuleitenden Gründe, warum die von einer Mannsperſon verübte Nothzucht an und für ſich eben nicht in Zweifel zu ziehen, diejenige aber, die angeblich von einer Frauensperſon begangen

 ſeyn

te, zu erwehnen, ſondern ſchreibet an dem angezogenen Ort merklich: Der umgekehrte Fall vom andern Geſchlecht iſt kaum zu gedenken.

l) *Conſtitutio Criminalis Thereſiana*, oder der Römiſch-Kaiſerl. zu Hungarn und Böheim ꝛc. ꝛc. Königl. Apoſt. Majeſtät Maria Thereſia, Erzherzogin zu Oeſtreich ꝛc. ꝛc. peinliche Gerichts-Ordnung, Wien 1769. im ſechs und ſiebenzigſten Artikel §. 1. Wer einer unverleumdeten Jungfrauen, Wittib, oder Frauen mit Gewalt und wider ihren Willen ihre jungfräulich, oder weibliche Ehre nimmet, der begehet das Laſter der Nothzucht.

m) TEICHMEYER *Inſt. med. legal. c. 4. q. 8.*

ſeyn ſoll, der Regel nach für eine bloße Chimäre zu halten, von ſelbſt einleuchtend [n]). Wann es nun angeführtermaßen noch nicht gehörig dargethan iſt, daß eine Frauensperſon, wegen der an einer Mannsperſon verübten und vollbrachten Nothzucht, vernünftiger Weiſe und mit Rechtsbeſtande angeklaget werden könne; ſo fällt auch alle Anwendung des Art. 119. P. G. O. und der in demſelben, der Nothzucht halben feſtgeſetzten Todesſtrafe, in einem ſolchen Fall von ſelbſt hinweg. So wenig nun gleich, meiner Einſicht nach, die bisher angeführten Sätze gegründete Einwürfe zulaſſen; ſo will ich dennoch auf die Zweifel der Rechtslehrer, die aber alle die Möglichkeit der von einer Frauensperſon zu verübenden Nothzucht als ausgemacht zum voraus ſetzen, annoch mit wenigem antworten.

Was zuförderſt den Einwurf, der von der Gleichheit des Grundes hergenommen wird, betrift, ſo iſt billig zu erwägen, daß derſelbe um ſo weniger einige gegründete Aufmerkſamkeit verdienen könne, als der Kaiſer Karl der Fünfte nicht ein jedes gewaltſames Attentat auf die Keuſchheit eines andern, ſondern vielmehr lediglich den wirklich vollführten gewaltſamen Raub der jungfräulichen, oder fräulichen Ehre für eine ſo ſchwere Miſſethat, daß ſolche, nach den Grundſätzen des Raubes, an dem Schänder der Ehre mit dem Tode zu beſtrafen ſey, anſiehet. Wann nun

n) Grundſätze des deutſchen peinlichen Rechts §. 489.

nun ohnehin nicht von den Worten eines Geſetzes, ohne genugſamen Grund, abzugehen, zumal wenn der Sinn deſſelben, ſowohl aus den deutlichen Worten, als aus dem ganzen Zuſammenhange, erhellet; ſo ergiebet ſich auch daraus von ſelbſt, daß der angezogene Artikel 119. P. G. O. unter keinen Umſtänden auf ſolche Fälle, wovon er nicht redet, und die er ausdrücklich nicht begreifet, auch nicht anzuwenden ſey. Hiezu kommt, daß die jungfräuliche Ehre, oder der Beſitz der Keuſchheit bey Frauensperſonen notoriſch ein weit gröſſeres Gut, als bey Mannsperſonen iſt, auch bey jenen oft den Mangel an andern Glücksgütern erſetzet. Gegentheils kann der von Mannsperſonen getriebene unzüchtige Lebenswandel, ſeiner Natur und Beſchaffenheit nach, diejenigen nachtheiligen Folgen, die daraus für Frauensperſonen entſpringen, niemals hervorbringen [o]). Dieſes an ſich richtige Verhältniß haben ohngezweifelt die Geſetze zum Augenmerk, wenn ſie der Nothzucht, die von einer Frauensperſon verübet worden, nicht erwehnen; gegentheils aber diejenige Nothzucht, die von einer Mannsperſon an einer Frauensperſon begangen worden, als eine eigentliche Räuberey angeſehen und am Leben beſtrafet wiſſen wollen. Allein, wenn man auch die Gröſſe des Verluſtes der Keuſchheit bey beyden Geſchlechtern gleich in Anſchlag bringen wollte; ſo wäre es dennoch unmöglich, daß es einer Manns-

o) GUNDLING *Diſſ. maiorem a femina, quam a viris requiri caſtitatem*, *Hal.* 1717.

perſon an ihrer wahren Ehre ſchaden könnte, daß eine liederlichgeſinnte Frauensperſon gewaltſame Anfälle auf deſſen Keuſchheit unternommen habe, ſintemal der würkliche Verluſt der letzteren, angezogenermaßen, von einer Frauensperſon durch gewaltſamer Weiſe erzwungene fleiſchliche Vermiſchung, niemals bewirket werden kann.

So wenig es nun zu beweiſen ſtehet, daß ein Frauenzimmer eine Mannsperſon würklich nothzüchtigen, und mit ihr die fleiſchliche Vermiſchung gewaltſamer Weiſe zu Stande bringen könne, es auch an ſich mit dem Verluſt der männlichen Keuſchheit eine ganz andre Bewandniß, als mit der jungfräulichen Ehre hat, ſo behält es dennoch ſeine ungezweifelte Richtigkeit, daß diejenige Frauensperſon, die ſich bewieſenermaſſen würklich gewaltſamer Mittel bedienet hat, um die von ihr geliebte Mannsperſon wider Willen zur Unzucht und fleiſchlichen Vermiſchung zu zwingen, ein ſchweres Verbrechen begehe, auch nach Beſchaffenheit und Größe der zugefügten Gewalt, und nach dem Ermeſſen vernünftiger Richter mit Gefängniß, oder gar mit der Verurtheilung zum Zuchthaus, beſtrafet, und überdieß zur Leiſtung rechtlicher Genugthuung für den beleidigten Theil angehalten werden könne und müſſe p). Die Todesſtrafe kann inzwiſchen wegen des von einer Frauensperſon unternommenen gewaltſamen Anfalls auf die Keuſchheit einer Mannsperſon, in ſoferne

p) Grundſätze des deutſchen peinlichen Rechts §. 101, 190, und §. 492.

ſoferne nicht andere Verbrechen, die an ſich mit dem Tode zu beſtrafen ſind, damit verbunden ſeyn ſollten, niemals erkannt werden. Denn eines theils würde ein ſolches Erkenntniß, vermöge der bisher mit mehrerem an- und ausgeführten Grundſätze, geſetzwidrig und daher unzuläſſig ſeyn, und andern theils ſtehet es nicht in des Richters Gewalt, nach eigenem Gutbefinden, dieſes oder jenes Verbrechen, peinlich und wohl gar mit dem Tode zu beſtrafen, wenn die in Deutſchland geltenden peinlichen Rechte dergleichen nicht insbeſondere beſtimmen und beſtätigen, vielmehr ſolches wohl gar dem bekannten Grunde der Geſetze zuwider iſt [q]). Es können demnach die gewaltſamen Mittel, deren ſich eine Frauensperſon bedienet, um eine Mannsperſon wider Willen zur fleiſchlichen Vermiſchung und Vollbringung der Unzucht zu zwingen, eigentlich nicht nach den Grundſätzen, die von der Unzucht, ſondern vielmehr nach denjenigen, die von der Gewalt und von verſuchten Verbrechen gelten [r]), beurtheilet, und die Strafe darnach beſtimmet werden; in-

q) Art. 104. P. G. O. worin es unter andern merklich heißt: Aber ſonderlich iſt zu merken, in was Sachen, oder derſelben gleichen unſer Kaiſerlich Recht, keinerley peinlicher Straf am Leben, Ehren, Leib, oder Gliedern ſetzen, oder verhengen, daß Richter und Urtheiler darwider auch niemand zum Todt, oder ſonſt peinlich ſtrafen.

r) Art. 178. P. G. O.

dem eines theils die Vollbringung der Unzucht durch fleiſchliche Vermiſchung, ſich unter den angeführten Umſtänden nicht gedenken läßt, und andern theils ſelbſt in dem Fall, da die Möglichkeit derſelben zu beweiſen ſtünde, gleichwohl wegen großer Verſchiedenheit der Fälle diejenige Strafe, die nach den Geſetzen einer eigentlichen und von einer Mannsperſon vollbrachten Nothzucht halben erkannt werden muß, in dem oft angezogenen Fall nicht anwendlich werden könnte [s]).

s) Mein Entwurf zum Geſetzbuch in peinlichen und Strafſachen im erſten Theil §. 173.

IV.

Ob derjenige, der ſeinen bereits bezahlten Wechſel in ſeines ehmaligen Gläubigers Händen gelaſſen hat, in dem Fall, daß jener hienächſt auf einen Dritten indoſſiret, oder demſelben in Solutum zugeſchlagen worden, den Einwand bereits geſchehener Zahlung machen könne?

So ausgemachten Rechtens es an und für ſich iſt, daß derjenige, welcher ſeine Schuld entweder durch eine würkliche Bezahlung, oder Abrechnung, oder ſonſt auf andere Weiſe, getilget hat, die wegen derſelben zur Sicherheit geſetzten Pfänder, oder ausgeſtellten Handſchriften zurück zu fordern berechtiget ſey [a]); eben ſo unleugbar iſt es auch, daß ein ſolcher, der nach getilgter Schuld ſeine Handſchrift, oder Wechſel in ſeines Gläubigers Händen läßt, wegen des möglichen Misbrauchs, ſowohl gegen ſich ſelbſt, als gegen andere ſehr unvorſichtig handle [b]). Denn ſich ſelbſt ſetzet man durch ein ſolches Betragen der Gefahr aus, bey dem Mangel genugſamer Beweiſe der bereits geleiſteten Zahlung, auf ſeinem Wechſel noch einmal belanget zu werden, und für

a) *L. 9. C. ad exhibend.*
b) MEV. *P. 6. Dec.* 119.

andere kann dergleichen Nachläſſigkeit, bey etwa geſchehener Ceſſion des Wechſels, gleichfalls die nachtheiligſten Folgen haben.

Es frägt ſich aber nun insbeſondere: Ob der Inhaber eines bereits bezahlten Wechſels, der denſelben entweder nach vorgängiger Ceſſion, oder weil er ihm in Solutum zugeſchlagen worden, in gutem Glauben beſitzet, den Ausſteller des Wechſels zur Einlöſung, oder zur nochmaligen Zahlung, im Wege Rechtens anhalten könne?

So wenigen Zweifel nun zwar auf der einen Seite die Fälle, da entweder der jetzige Inhaber eines bereits bezahlten Wechſels denſelben ohne allen Rechtsgrund, mithin ohne förmliche Abtretung beſitzen mögte, oder auch ſchon zu der Zeit, da jener auf ihn indoſſiret worden, gewußt haben ſollte, daß er durch die geſchehene Bezahlung bereits erloſchen ſey, haben können, indem ſodann aller Rechtsgrund zur Klage wider den Ausſteller des Wechſels von ſelbſt dahin fällt; ſo ſcheinbar iſt es dagegen auf der andern Seite, daß demjenigen, der einen Wechſel nach vorgängiger Ceſſion in gutem Glauben beſitzet, und der wegen der bereits erfolgten Bezahlung deſſelben keine Wiſſenſchaft bisher gehabt hat, die Exceptio factae ſolutionis mit Rechtsbeſtande nicht füglich gemacht werden könne. Denn, da es eine unbeſtrittene Rechtswahrheit iſt: Daß einer alle diejenigen Schäden, die er unmittelbar durch ſeine Unvorſichtigkeit verurſachet hat, zu erſetzen, verbunden ſey; ſo ſcheinet es daher keinen gegründeten Zwei-

fel

fel zu haben, daß der Ausſteller des Abgetretenen Wechſels, oder derjenige, der ihn geſtändlicher, oder bewieſenermaſſen, eigenhändig unterſchrieben und beſiegelt hatte, mit Verwerfung ſeiner ihm ſonſt zuſtändigen Rechtsbehelfe, zur Bezahlung ſchlechterdings verurtheilet werden müſſe, zumal die Erhaltung von Treue und Glauben es ſchon an ſich erfordert, daß wider klare Hand und Siegel keine fernere Einwendungen für zuläſſig geachtet werden müſſen. In Gemäßheit dieſer Grundſätze behaupten denn auch die angeſehenſten Rechtslehrer, daß in eigentlichen Wechſelſachen diejenigen Rechtsbehelfe, die ſonſt in ordentlichen Proceſſen alle Aufmerkſamkeit verdienen, nach erfolgter Anerkennung von Hand und Siegel, nicht weiter ſtatt finden, und daß überhaupt diejenigen Einreden, die dem Cedenten entgegen ſtehen, dem Ceſſionario, oder demjenigen, auf welchen ein Wechſel indoſſiret worden, nicht einmal in der Geſtalt einer Wiederklage gemacht werden können [c]. Solchergeſtalt bleibet, nach dieſen Grundſätzen, dem Ausſteller eines bezahlten Wechſels nichts weiter

c) HOMMEL *in Rhapſodia Quaeſt. in foro quotidie obuenient. neque tamen legibus deciſarum Obſ. 121. v.* Quaerebatur, anne ſaltem in reconuentione aduerſus indoſſatarium exceptio, ſolutionem jam indoſſanti factam eſſe, deduci poſſit? Reſpondimus, debitorem condemnatum hanc exceptionem nequidem in reconuentione aduerſus indoſſatarium deducere poſſe. Nam etſi non diffiteamur, hoc durum quibusdam videri poſſe; tamen ſeruanda cambiorum fides,

weiter übrig, als dem jetzigen Inhaber deſſelben die Bezahlung noch einmal zu leiſten, und zur etwanigen Erhaltung der Schadenserſetzung wider den Indoſſanten, oder Traſſanten wegen des Betrugs zu klagen, oder die Actionem doli zu erheben [d]).

Ob nun gleich die bisher angeführten Grundſätze in denjenigen Ländern, woſelbſt durch Landesgeſetze ein ſtrenges Wechſelrecht eingeführet worden, keinem erheblichen Zweifel unterworfen ſind; ſo können dieſelben gleichwohl gegentheils auſſer ſolchen Ländern nicht in Anwendung gebracht werden. Denn an den letztern Oertern hat es bey der Vorſchrift gemeiner Rechte [e]): nach welcher nämlich eine jede Verbindlichkeit, die entweder bereits würklich geleiſtet und erfüllet worden, oder die auch in Abſicht der rechtlichen Wirkungen als geleiſtet angeſehen werden muß, dergeſtalt für erloſchen zu halten iſt, daß ſie daher auch durch etwanige Ceſſion, unter keinen Umſtänden, auf einen andern gebracht werden kann, lediglich das Bewenden. Hieraus ergiebet ſich nun von ſelbſt, daß der Ausſteller eines Wechſels, der denſelben, nach bereits geſchehener Bezahlung [f]), in ſeines ehemali-

d) HOMMEL *c. l.* v. ideoque nullum debitori ſolvere coacto remedium ſupereſt, niſi actio doli aduerſus traſſantem, aut primum indoſſantem.

e) *L. 43. de Solut. pr. Inſt. quib. mod. toll. obl. L. 4. et 12. C. de compenſat.*

f) Weil inzwiſchen eine angeblich geſchehen ſeyn ſollende Bezahlung eine bloße Thatſache iſt, die nicht zu ver-

ehemaligen Gläubigers Händen gelaſſen hat, daraus ſo wenig von dem letzteren, als von deſſen Ceſſionario im Wege Rechtens beſprochen werden, und daß es dabey auch darauf nicht im mindeſten ankommen könne, ob der Wechſel insbeſondere auf eine gewiſſe Perſon ausgeſtellet geweſen ſey, oder ob der Ausſteller ſich in dem Wechſel ſchlechterdings dazu verbindlich gemacht habe, ſofort auf geſchehene Vorzeigung an einen jeden getreuen Inhaber zu bezahlen.

Wollte man nun wider die bisher angeführten Grundſätze den Einwurf machen: Daß es bey einem in andern Händen ſich befindenden Wechſel dermalen darauf nicht ankommen könne, ob die geſchehene Bezahlung, oder Erlöſchung des Wechſels zu beweiſen ſtehe, oder nicht, immaßen dennoch dem Ausſteller eines bezahlten Wechſels deshalb,

vermuthen ſtehet, ſondern von demjenigen, der ſich darauf berufet, bewieſen werden muß; ſo ergiebet ſich auch daraus von ſelbſt die Folge, daß der Ausſteller eines Wechſels, welcher die bereits erfolgte Tilgung, oder Bezahlung für ſich anführet, ſolche auch beweiſen müſſe, und zwar ohne zu unterſcheiden, ob er von ſeinem ehemaligen Gläubiger ſelbſt, oder von deſſen Ceſſionario belanget werde. So wenigen Zweifel aber auch an ſich, der dem Ausſteller eines Wechſels obliegende Beweis geſchehener Zahlung, haben kann, ſo ausgemacht iſt es auch, daß derſelbe in Ermangelung anderer Beweisthümer, durch Zeugen, oder Urkunden, ſich der Eydesdelation wider einen jeden, der ihn wegen des ausgeſtellten Wechſels in Anſpruche nimmt, bedienen könne.

halb, daß er denſelben in ſeines ehemaligen Gläu⸗ bigers Händen gelaſſen hat, ein großer Grad der Unvorſichtigkeit zu Schulden komme, und er da⸗ her um deswillen zu der Erſetzung der daraus einem Dritten erwachſenen Schäden gehalten ſey; ſo iſt gleichwohl dagegen billig in Betracht zu ziehen, daß auch der Ceſſionarius, oder derjenige, auf welchen ein bereits bezahlter Wechſel indoſſiret worden, nicht von aller Unvorſichtigkeit frey zu ſprechen ſey. Da nun im Colliſions⸗Fall die Ge⸗ ſetze mehr den Beklagten, als den Kläger be⸗ günſtigen, und in zweifelhaften Fällen überhaupt, der Richter eher für den Beklagten, als den Klä⸗ ger ſprechen muß [g]); ſo kann auch die von dem Ausſteller des Wechſels gleichwohl bewieſene Un⸗ vorſichtigkeet, daß er denſelben, nach erfolgter Be⸗ zahlung, in ſeines ehemaligen Gläubigers Hän⸗ den gelaſſen, und dadurch zum Misbrauch Anlaß gegeben hat, dermalen nicht in Betracht kom⸗ men. Um ſich aber davon überzeugen zu können, daß derjenige, auf welchen ein bereits bezahlter Wechſel indoſſiret worden, wenigſtens eben ſo un⸗ vorſichtig, als der Ausſteller, der ihn in den Hän⸗ den ſeines Gläubigers gelaſſen hat, handle, darf man nur dieſes erwägen, daß es eines jeden Men⸗ ſchen Pflicht erfordere, denjenigen, mit welchem er ſich in Geſchäften einläßt, genau zu kennen. Dieſemnach iſt es allerdings für eine groſze Nach⸗ läſſigkeit zu halten, wenn man ſich von ſolchen

Leuten,

g) *L.* 125. *de Reg. Iur. L.* 4. und *vet. C. de edend.* MEV. *P.* IX. *Dec.* 163.

Leuten, bey denen man wegen des Regreſſes, und der Gewährsleiſtung nicht geſichert iſt, die von andern Perſonen ausgeſtellte Wechſel, oder ſonſtige Forderungen abtreten läßt. Wollte man nun gleich hiegegen einwenden: Daß die Beobachtung der angeführten Regel nicht unter allen Umſtänden in eines jeden Menſchens Gewalt ſtehe; ſo glaube ich dennoch um deswillen keinen genugſamen Grund zu haben, meine bereits feſtgeſtellten Grundſätze: Daß nämlich auch dem Ceſſionario ein großer Grad der Unvorſichtigkeit zu Schulden komme, zu verlaſſen. Denn, hatte derjenige, auf welchen ein Wechſel indoſſiret worden, noch immer den Ausweg vor ſich, jenen dem Ausſteller vorzuzeigen, um dadurch die Gewißheit zu erhalten, ob letzterer den Wechſel acceptire, und ob er ihn zur Verfallzeit zu bezahlen Willens ſey; ſo leidet es nicht den mindeſten Zweifel, daß ein Indoſſatarius, der die Präſentation eines traſſirten Wechſels unterlaſſen, dadurch alle diejenigen Rechtsbehelfe, die ſeinem Cedenten entgegen ſtehen, ſtillſchweigend anerkannt habe [h]). Es iſt auch überhaupt und unter allen Umſtänden, wenn gleich

h) Die Provincial-Rechte erfordern zum Theil nicht zwar ſchlechterdings die Präſentation in Wechſelſachen; ſie wollen aber dennoch, daß ſolche Wechſel, die durch verſchiedene Hände gegangen ſind, wenigſtens zur Verfallzeit gehörig präſentiret, und daß, in Entſtehung deſſen, einem Wechſel nur die Rechte einer andern Verſchreibung beygeleget werden ſollen. ſ. Schwediſche Wechſel-Ordnung von 1748. Art. 5. §. 3.

gleich zu der Zeit der erfolgten Abtretung des Wechſels, die Bezahlung noch nicht geſchehen ſeyn mögte, die Präſentation von vielem Nutzen, weil den Rechten nach, bey ermangelnder Anzeige der geſchehenen Ceſſion, der Schuldner, welcher den Cedenten in gutem Vertrauen die Bezahlung geleiſtet hat, der Regel nach, von aller ferneren Anſprache befreyet wird, und ihm ſodann der Umſtand, daß zu der Zeit der geleiſteten Bezahlung die Ceſſion bereits geſchehen geweſen ſey, nicht füglich entgegen geſetzet werden kann [i]). Es leidet inzwiſchen der eben angeführte Satz ſodann ſeine Ausnahme und Einſchränkung, wenn dem Ceſſionario bey der Ceſſion zugleich ein Pfandrecht in denjenigen Gütern, die dem Cedenten von ſeinem Schuldner, oder dem Ausſteller der Handſchrift verpfändet worden, verſchrieben ſeyn ſollte. Denn in einem ſolchen Fall kann der Ausſteller des Wechſels, die bereits geſchehene Bezahlung, dem Ceſſionario nicht entgegen ſetzen, vielmehr bleibet dem letzteren in alle Wege freygeſtellet, ob er gegen den Cedenten zur Erhaltung ſeiner Schadenserſetzung klagen, oder vielmehr ſeine Hypothek verfolgen, und den Beſitzer des ihm rechtmäßig verpfändet gewordenen Grundſtücks, belangen wolle [k]).

Es

i) *L. 3. C. mandat. L. vlt. D. de tranſact. L. 3. C. de nouat. a* SANDE *de actionib. ceſſ.* MÜLLER *de eo quod iuſtum eſt circa ceſſion. actionum* §. 14.

k) *L. 23. §. 1. de hered. vel act. vend.* BRUCKES *Select. Obſ. forenſ. Obſ.* 101.

Es iſt nun noch ein beſonderer Fall zu erörtern übrig, bey dem es, wenigſtens dem erſten Anſehen nach, zweifelhaft zu ſeyn ſcheinet, ob auch auf denſelben meine bisherigen Behauptungen Anwendung finden. Da es nämlich ein ſehr gewöhnlicher Umſtand iſt, daß in dem ausgeſtellten Wechſel die Zeit der Einlöſung, oder der Wiederbezahlung genau ausgedruckt zu werden pfleget; ſo fräget ſich: Ob nicht wenigſtens ſodann der Ausſteller eines Wechſels, der vor der Verfallzeit die Bezahlung geleiſtet, ſeine Handſchrift aber nicht wieder zurück gefordert hat, dem dritten Beſitzer, dem ſolche nachhin cediret, oder in Solutum zugeſchlagen worden, und der ſie nun in gutem Glauben beſitzet, zu einer nochmaligen Zahlung gehalten werde? Es iſt dieſer Fall allerdings merklich von dem vorhin angeführten unterſchieden. Denn ein ſolcher, dem ein Wechſel vor der Verfallzeit abgetreten wird, hat weit wenigeren Grund, irgend einigen Betrug zu befürchten, als derjenige dazu Urſache hat, dem ein Wechſel allererſt, nachdem die Verfallzeit bereits eingetreten, oder verfloſſen iſt, cediret worden. Eben daher iſt auch der Grad der Unvorſichtigkeit bey dem letzteren weit gröſſer, als bey dem erſteren. Allein, dieſem allen ohngeachtet glaube ich dennoch keinen genugſamen Grund zu haben, die bisher angenommenen Grundſätze zu verlaſſen, und an deren Stelle andere anzunehmen. Käme es bey der Beantwortung der aufgeworfenen Frage lediglich auf die Beſchaffenheit des Beſitzes des nunmehrigen Inhabers der Handſchrift, oder desjenigen,

jenigen, auf welchen der Wechſel indoſſiret worden, an; ſo würde freylich der gegenwärtige Fall von dem vorhergehenden gar ſehr unterſchieden, und demnach auch andere Grundſätze anzunehmen ſeyn. Weil aber dermalen alles auf die Beantwortung der Frage: Ob die in des ehemaligen Gläubigers Händen gelaſſene Handſchrift, nach bereits geſchehener Bezahlung, noch eine Verbindlichkeit auf Seiten des Ausſtellers ausmache? beruhet, ſolche aber, vermöge der oben angezogenen Grundſätze, zu verneinen iſt; ſo ergiebet ſich auch daher von ſelbſt die Folge: Daß es in aller Abſicht für einen eigentlichen Widerſpruch angeſehen werden müſſe, ein bereits erloſchenes Recht annoch auf einen andern bringen zu wollen. Man kann es daher mit Recht als einen allgemein geltenden Grundſatz annehmen: Daß der Ausſteller eines Wechſels, der denſelben, nach geſchehener Bezahlung, in ſeines Gläubigers Händen gelaſſen hat, in ſoferne anderes jene Bezahlung zu beweiſen ſtehet, von dem etwanigen künftigen Inhaber niemals rechtlich beſprochen werden könne. Es iſt auch unter ſolchen Umſtänden billig für einerley zu halten, ob der Ausſteller eines Wechſels die Zahlung in dem feſtgeſetzten Termin, oder, nachdem derſelbe bereits verfloſſen geweſen, geleiſtet habe; ob der Ausſteller des Wechſels bey ſeinem Leben daraus unmittelbar belanget, oder nach ſeinem Tode ſeine Erben deshalb verklaget worden. Denn, daß an und für ſich der Umſtand, daß der Ausſteller, eines in fremden Händen ſich befindenden Wechſels, nicht mehr lebe, deſſen Erben,

in

in ſoferne ſie anders die bereits geſchehene Erlöſchung, oder Bezahlung des Wechſels zu beweiſen im Stande ſind, nicht nachtheilig ſeyn könne, ergiebet ſich, meinem Bedünken nach, daher von ſelbſt, weil der Regel nach, alle Rechte und Befugniſſe, die nicht insbeſondere einen gewiſſen beſtimmten Zuſtand, oder Eigenſchaft einer Perſon zum voraus ſetzen, oder in ſoferne nicht ein anders Vertragsweiſe feſtgeſetzet worden, auf die Erben gehen. Letztere können daher, bekannten Rechten nach, ſich aller derjenigen Einreden und Beweismittel, die ihrem Erblaſſer zu ſtatten kamen, wider eine jede erhobene Anſprache bedienen.

Da inzwiſchen, nach der Vorſchrift der Geſetze, eine Handſchrift, in ſoferne nach deren Ausſtellung bereits zwey Jahre verfloſſen ſind, den Empfang der darin ausgedruckten Summe beweiſet, und wider den Ausſteller der Handſchrift die Vermuthung, daß er das Geld richtig empfangen, ſtreitet [l]); ſo könnte es das Anſehen gewinnen, daß auch in dem umgekehrten Fall, da nämlich ein Wechſel, oder eine Handſchrift ſich noch nach zwey Jahren in des Gläubigers, oder eines Dritten Händen befinden würde, den Einwand der bereits erfolgten Erlöſchung, oder Bezahlung nicht ferner zulaſſe. Allein, wenn man hiegegen erwäget, daß dasjenige, was etwa die Geſetze in einzelnen Fällen, aus beſondern Urſachen, gleich-

l) *L. 7. §. 14. C. de N. N. P. L. 4. C. de condict. ex lege, §. 2. Inſt. de except.*

ſam vermöge einer Ausnahme, feſtſetzen, auf ganz unterſchiedene Umſtände, oder Fälle nicht zu ziehen ſey; ſo ergiebet ſich auch daher von ſelbſt die Folge: Daß von der Vorſchrift der Rechte, nach welcher, nach Ablauf von zwey Jahren wider eine ausgeſtellte Handſchrift der Einwand des nicht empfangenen Geldes eigentlich nicht weiter ſtatt hat, darauf, daß nun auch der Ausſteller eines Wechſels, der den ehemaligen Empfang des Geldes, oder der Valutå zwar nicht zu leugnen begehret, gleichwohl aber die bereits geleiſtete Bezahlung behauptet, damit nicht ferner zu hören ſey, der Schluß in keine Wege gemacht werden könne.

Alles dasjenige was bisher, nach den Grundſätzen gemeiner Rechte, an- und ausgeführet worden, leidet ebenfalls in Mecklenburg ſeine unzubezweifelnde Anwendung, und bey dem Mangel einiger Vorſchriften vom Gegentheil hat es keinen Zweifel, daß der Ausſteller eines Wechſels, oder einer andern Handſchrift, die ſich nach geſchehener Bezahlung in eines andern Hand befindet, auch in Mecklenburg befugt ſey, dem Kläger die Exceptionem ſolutionis entgegen zu ſetzen. Denn, wenn gleich die Landesrechte in klaren, liquiden, auf reine Hand und Siegel beruhenden Schuld- und Wechſelſachen, den Gebrauch ſonſt erlaubter Suſpenſiv-Mittel verwerfen [m]), und gegentheils vorſchrei-

m) Der Landesgrundgeſetzliche Erbvergleich §. 284. *n.* 10.

vorſchreiben, daß ſodann ſofort zur Anerkennung von Hand und Siegel, oder zur eydlichen Diffeſſion geſchritten werden ſolle; ſo erlauben ſie gleichwohl demjenigen, wider den eigene Hand und Siegel vorhanden iſt, rechtliche Einwendungen dawider vorbringen zu können n). Dieſemnach würde es auch in den Mecklenburgiſchen Landen keinem Zweifel unterworfen ſeyn, daß derjenige, welcher nach geſchehener Bezahlung ſeine Handſchrift in ſeines ehemaligen Gläubigers Händen gelaſſen, und dadurch ſelbſt zum Misbrauch derſelben Anlaß gegeben hätte, auf dem Fall, daß er daraus von irgend jemand im Wege Rechtens beſprochen würde, den Einwand bereits geſchehener Bezahlung, oder der erlöſchten Verbindlichkeit entgegen ſetzen, und zu deren Begründung ſich aller ſonſt zuläßigen Beweismittel bedienen könne.

Die einzige Einwendung von den bisher im Allgemeinen angeführten Grundſätzen, oder, der einzige Fall, da der Ausſteller eines Wechſels, nach bereits geſchehener Bezahlung dennoch von einem jeden rechtmäßigen Inhaber deſſelben belanget werden könnte, beſtehet, meinem Bedünken nach, darin, wenn der letztere zu erweiſen im

 Stande

n) Die Land- und Hofgerichts-Ordnung im 2ten Theil Tit. 27. §. 1. „So oft die Beweiſung durch Inſtrumente, Briefe, Siegel, Regiſter, oder dergleichen Sachen vorgenommen wird, ſoll der Gegentheil dieſelbe beſichtigen, manum et ſigilla recognoſciren, oder diffitiren, Copey davon nehmen, und ſeine Einrede dawider vorbringen.“

Stande ſeyn mögte, daß erſterer ſich gegen ihn betrüglich bewieſen habe. Da inzwiſchen die Rechte die Abſicht, einen andern betrügen, oder hintergehen zu wollen, von Niemand vermuthen, gegentheils von demjenigen, der ſolche behauptet, den Beweis fordern, entfernte Muthmaßungen aber dazu nicht genügen; ſo würde es in keine Wege für hinreichend geachtet werden können, wenn etwa der Kläger bewieſe, daß der Ausſteller des Wechſels, entweder nach bereits vorgegangener Abtretung die Bezahlung dennoch geleiſtet habe, oder, daß er wenigſtens, den Umſtänden nach, einigermaßen habe vermuthen müſſen, daß mit ſeinem in des ehemaligen Gläubigers Händen gelaſſenen Wechſel ein Misbrauch zum Nachtheil anderer getrieben werden möge, im übrigen aber es an dem Beweis der würklich gehegten böſen Abſicht, dadurch einem andern ſchaden zu wollen, ermangelt. Gegentheils leidet es keinen Zweifel, daß der Ausſteller eines Wechſels, oder einer Handſchrift, auch noch nach geſchehener Bezahlung, bey erfolgter Ceſſion ſodann verbunden bleibe, und dem Inhaber des Wechſels zur Leiſtung einer abermaligen Bezahlung gehalten ſey, wenn dieſer rechtlich zu beweiſen im Stande iſt, daß der Ausſteller des Wechſels mit ſeinem ehemaligen Gläubiger, zum Schaden anderer, eine ſträfliche Colluſion unterhalten, mithin den Wechſel entweder gefliſſentlich bey ſeinem ehemaligen Gläubiger gelaſſen habe, damit der nachhin erfolgte Betrug zu Stande kommen möge, oder auch jener Ausſteller zur rechten Zeit von der vorſeyenden

Abtre-

Abtretung des Wechſels Nachricht gehabt, und es gleichwohl vorſätzlich unterlaſſen habe, dem Ceſſionario von der bereits erfolgten Erlöſchung, oder Bezahlung des Wechſels die gehörige Anzeige zu machen. Auſſer dieſen wenigen Einſchränkungen iſt, meinem Bedünken nach, die aufgeworfene Frage, der Regel nach, zu bejahen.

V.

Von der Verbindlichkeit eines Vaters zu der Verpflegung des von ſeinem Sohn auſſer der Ehe erzeugten Kindes.

Obzwar die Erben, nach dem Römiſchen Recht, nur unter verſchiedenen Einſchränkungen zu der Erſetzung der von ihrem Erblaſſer durch ſein begangenes Verbrechen gewirkten Schäden gehalten werden [a]); ſo ſind gleichwohl die Erben, in Gemäßheit der Grundſätze des Canoniſchen Rechts [b]), und nach dem ſich darauf gründenden Gerichtsgebrauch, heutiges Tages, dazu ſchlechterdings verbunden; in ſoferne anders die durch das Verbrechen des Erblaſſers verurſachten Schäden und Koſten von der hinterlaſſenen Erbſchaftsmaſſe beſtritten, folglich ohne daß die Erben dazu aus eigenen Mitteln Beyträge thun dürften, erſetzet werden können [c]). Hieraus ergiebet ſich

a) *L. 7. de condict. furtiu. §. 5. Inſt. de Obl. quae ex delict. L. 5. C. ſi reus, vel accuſ. L. vn. C. in quant. hered. conuen.* AYRER *Diſſ. de actionibus ex delict. rei perſequutor. aduerſ. hered. delinquent. in ſolidum competente, Goet.* 1752.

b) *C.* 28. X. *de Sentent. excomm. c.* 9. X. *de vſur. c. fin.* X. *de Sepultur.*

c) MEV. *P.* 5. *Dec.* 39. und *P.* 6. *Dec.* 317. *n.* 5. THOMAS *de larua leg. Aquil. detract.* §. 31. 59.

BODI-

ſich nun, ohne mein Erinnern, von ſelbſt die Folge: Daß auch die Erben eines Stuprators, unter den im Allgemeinen angeführten Einſchränkungen, zu der Leiſtung der Alimente, oder zu der Verpflegung des von jenem auſſer der Ehe erzeugten Kindes, ſchlechterdings gehalten ſind, ohne weiter zu unterſcheiden, ob ihre Erbfolge in einem Teſtament oder vielmehr in Geſetzen gegründet ſey; ob die Größe und Beſchaffenheit der zu leiſtenden Alimente, entweder durch gütliche Vereinbarung, oder durch richterliche Entſcheidung, bey Lebzeiten des Stuprators bereits feſtgeſetzet, oder vielmehr noch völlig unbeſtimmt gelaſſen worden ſey [d]). Es würde auch nach unzubezweifelnden Rechtsgrundſätzen die Klage auf Leiſtung der Alimente, die wider die Erben eines Stuprators angeſtellet worden, in ſoferne anders der Grund derſelben zu beweiſen ſtünde, dennoch für Rechtsbeſtändig geachtet werden müſſen, wenn gleich bey Lebzeiten des angeblichen Stuprators auf die zu leiſtende Verpflegung, ſo wenig gerichtlich, als auſſergerichtlich, einige Anträge gemacht ſeyn ſollten [e]), oder auch das Verbrechen ſelbſt, was nämlich die Strafe und die öffentliche Genugthuung deſſelben anbetrift, bereits verjähret

 ſeyn

BODINUS *de laeſ. ex delict. defunct. ab hered. praeſtand.*

d) BOEHMER *in Iur. Eccl. Proteſt. Lib.* 5. *Tit.* 16. §. 14. Eiſenhart in den Erzählungen beſonderer Rechtshändel im 6ten Theil *n.* 4.

e) C. 5. X. *de raptor. c. vlt.* X. *de ſepultur.*

ſeyn mögte, in ſoferne anders nach gepflogener Unzucht nur nicht volle dreyßig Jahre verfloſſen ſeyn dürften [f]). Wann demnach der Vater eines Stuprators bewieſenermaßen deſſen Erbe geworden, auch die Koſten zur Verpflegung des von jenem auſſer der Ehe erzeugten Kindes aus der hinterlaſſenen Erbſchaftsmaſſe würklich beſtritten werden können; ſo leidet die Bejahung der Frage: Ob ein Vater das von ſeinem Sohn auſſer der Ehe erzeugte Kind ernähren und verpflegen müſſe? nicht den geringſten Zweifel [g]). Allein, auſſer dieſem eben angezogenen Fall, da nämlich der Vater zugleich ein Erbe ſeines Sohnes, der ein uneheliches Kind hinterlaſſen hat, geworden, iſt, allem Anſehen nach, die Meynung derjenigen Rechtslehrer [h]), welche jenen von der Leiſtung der Alimente freyſprechen, mehr gegründet, und fehlet es auch nicht an hinlänglichen Gründen, um ſolche gehörig rechtfertigen zu können. Denn, da es eine völlig unbeſtrittene Rechtswahrheit iſt: Daß

f) Engau von der Verjährung in peinlichen Fällen, Jena 1750. §. 56.

g) Herr Canzler KOCH *Inſt. Iur. Crimin.* §. 280. *not.*

h) MENCKEN *de auo paterno ad alimenta nepoti illegitimo praeſtanda non obligato, Lipſ.* 1712. KNORR *de aliment. a matre liber. praeſtand. c.* 2. §. 7. Gmelin über die Präjudicialfrage *de partu agnoſcendo.* Erlangen 1781. *p.* 85. *n.* 35. LEMBCKE *Diſſert. de diſcrimin. obligat. et ab eo pendent. ord. alimentor. Iur. Sang. praeſtandorum. Goetting.* 1755. §. 51.

Daß eine jede Verbindlichkeit, die aus einem begangenen Verbrechen erwächſet, nur auf diejenigen, die letzteres begangen, oder daran mittelbar, oder unmittelbar einigen Antheil genommen haben, eine Beziehung haben kann [i]); ſo ergiebet ſich auch daher von ſelbſt die Folge: Daß, in ſoferne ein Vater nicht entweder unmittelbar, oder mittelbar, etwa durch eine ſträfliche Nachſicht, und einen Mangel der pflichtmäßigen Aufmerkſamkeit die Leichtfertigkeit ſeines Sohnes befördert, oder wenigſtens, da er konnte, nicht verhindert haben ſollte [k]), derſelbe zu der Leiſtung der Alimente für das von ſeinem Sohn auſſer der Ehe erzeugte Kind, welches jener entweder zu ernähren nicht im Stande iſt, oder, welches er auch Hülf- und Vermögenlos verlaſſen hat, in keine Wege und unter keinen Umſtänden gehalten ſey [l]). Es ſtehet auch einem ſolchen Vater rechtlich nicht anzumuthen,

i) *L. 22. C. de poen.*

k) *Arg. L. 18. D. mandat. L. 2. D.* und *L. 4. de noxal. act.*

l) *Arg. L. 1. C. ne filius pro patre* v. neque ex ejus filii perſona, qui cum ſui iuris eſſet, mutuam pecuniam accepit, pater eius, ſi non fidem ſuam obſtrinxit, conueniri poteſt, neque ex eius, quem in poteſtate habet, ſi ſine iuſſu eius contractum eſt: neque, ſi contra ſenatus conſultum macedonianum mutua pecunia data eſt, amplius, quam de peculio actionem ſuſtinere cogitur. Quapropter pater tuus, ſi ei pecunia a creditore fratris tui extorta eſt, ad quam reddendam non tenebatur, praeſidis prouinciae auctoritate eam recuperabit.

muthen, die erforderlichen Verpflegungs-Koſten allenfalls von dem, ſeinem abweſenden, vermögensloſen, oder verſtorbenen Sohn, künftig aus der väterlichen Erbſchaft gebührendem Pflichttheil zu beſtreiten [m]), weil die Frage von dem Pflichttheil, und dem Recht, ſolchen zu begehren, eigentlich man allererſt nach dem Tode desjenigen, der zur Hinterlaſſung des Pflichttheils nach den Geſetzen verbunden iſt, vorkommen kann [n]).

So wie nun in der Rechtsgelahrheit überhaupt nicht viele Grundſätze vorhanden ſind, die zu den völlig ausgemachten allenthalben angenommenen, und von niemand beſtrittenen Rechtswahrheiten gehören; ſo fehlet es auch in dem gegenwärtigen Fall nicht an Vertheidigern der gegenſeitigen Meynung. Letztere behaupten dieſelben zum theil ſchlechterdings und wollen den Großvater auch ſchon zu der Verpflegung gehalten wiſſen, wann gleich die Mutter des Kindes nicht arm ſeyn ſollte. Ja einige gehen gar ſo weit, daß ſie der Mutter des unehelichen Kindes erlauben, die etwa hergegebene Verpflegungkoſten allenfalls von dem Vater des Schwängerers wieder zu fordern [o]). Andere vertheidigen zwar die gegenſeitige Meynung,

m) *Arg. L. 1. §. 21. ad L. falcid. L. 8. C. de inoffic. teſtam.*

n) THOMASIVS *de legitima viuentis. de* CRAMER *Tom. 4. Obſ.* 1226. SCHORCH *Reſp.* 100. *n.* 20.

o) MÜLLERI *Promtuarium Iuris nouum. Tom.* 1. *p.* 120.

nung, wiewohl unter verſchiedenen willkührlich angenommenen Einſchränkungen. Diejenigen, welche den Vater eines Stuprators zu den Verpflegungs-Koſten für das von dem letzteren auſſer der Ehe erzeugte Kind gehalten wiſſen wollen, wenn der Stuprator ſelbſt, entweder in vermögensloſen Umſtänden verſtorben, oder abweſend, oder auch ſonſt bey ſeiner Armuth nicht im Stande ſeyn ſollte, das von ihm auſſer der Ehe erzeugte Kind zu ernähren, pflegen ſich gewöhnlich auf verſchiedene Stellen des Römiſchen Rechts [p]) zu berufen.

p) *Auth. licet patri ſine legitima prole C. de natural. lib.* v. licet patri, ſine legitima prole, ſeu parente, cui relinqui neceſſe eſt, decedenti, naturalibus totam ſubſtantiam ſuam vel inter viuos largiri, vel in teſtamento transmittere. Quod ſi parentes duntaxat ei ſuperſint, legitima parte parentibus relicta reliquum inter naturales diſtribui permittitur. Ab inteſtato vero, cum deſit ſoboles ciuilis, nec ſuperſit coniux legitima: ſi naturales ex concubina exſtant, quae ſola fuerit ei indubitato affectu coniuncta, in duas paternae ſubſtantiae vncias ſuccedant, vt matri inter eos virilis portio, ſi ſupereſt, detur. *Huiusmodi enim naturales filios paſci, boni viri arbitri eſt neceſſe, ſiue legitimi exſtant, et ſuccedunt, ſiue conjuge viua quilibet alii ſint heredes.* Hi ergo et parentibus parem praeſtent, ſi opus ſit, pietatem *L.* 5. §. 2. *de agnoſcend. vel alend. lib. v.* vtrum autem tantum patrem, auumque paternum, proauumque paterni aui patrem, caeterosque virilis ſexus parentes alere cogantur, an vero etiam matrem, caeterosque parentes et per illum ſexum contingentes cogamur

berufen. Allein, wenn man die letzteren gehörig prüfet; ſo ergiebet ſich, daß ſolche eigentlich nur von natürlichen Kindern im Sinn des römiſchen Rechts zu erklären ſind, auf uneheliche Kinder aber, überhaupt und auf die Verbindlichkeit des Großvaters die unehelichen Kinder ſeines Sohns ohne Unterſchied zu ernähren, nicht füglich gezogen werden können [q]). Wenn auch gleich den natürlichen Kindern das Recht der Erbfolge, in ſoferne ſolche ſich auf dem letzten Willen ihres Vaters gründet, oder auch ſonſt die in den Geſetzen ſelbſt feſtgeſetzten Umſtände und Einſchränkungen vorhanden ſind, nicht beſtritten werden kann [r]), ſo läßt ſich gleichwohl daher auf die Verbindlichkeit des Vaters, das uneheliche Kind ſeines Sohnes im Fall der Noth verpflegen zu müſſen, kein gültiger Schluß machen. Dasjenige auch, was in den angeführten Geſetzen von der Billigkeit und

mur alere, videndum? Et magis eſt, vt vtrobique ſe iudex interponat, quorundam neceſſitatibus facilius ſuccurſurus, quorundam aegritudini, *et cum ex aequitate haec res deſcendat, caritateque ſanguinis, ſingulorum deſideria perpendere Iudicem oportet. L. 8. D. eod.* v. Non quemadmodum maſculorum liberorum noſtrorum liberi ad noſtrum onus pertinent, ita et in feminis eſt. Nam manifeſtum eſt, id, quod filia parit, non auo, ſed patri ſuo eſſe oneri, niſi pater aut non ſit ſuperſtes, aut egens eſt.

q) BOEHMER *in Iur. Eccleſ. Proteſt. Lib.* 5. *Tit.* 16. §. 14.

r) *Auth. licet patri ſine legitima prole C. de natural. lib.*

und der Charitate ſanguinis gegen natürliche Kinder vorkommt, kann um ſo weniger auf den gegenwärtigen Fall angewandt werden, als es an und für ſich in aller Abſicht, und der Aehnlichkeit des Rechts zuwider iſt, daß ein Vater durch die Miſſethat ſeines Sohnes, zu deren Entſtehung er gleichwohl ſo wenig mittelbar, als unmittelbar etwas beygetragen hat, beläſtiget und in Schaden geſetzet werden ſolle [s]). Ob nun zwar diejenige Meynung, daß ein Vater zu der Verpflegung des von ſeinem Sohn auſſer der Ehe erzeugten Kindes, und zur Bezahlung der deshalb nöthig werdenden Koſten verbunden ſey, aus den Geſezzen nicht zu beweiſen ſtehet; ſo wird dieſelbe gleichwohl von verſchiedenen Rechtslehrern [t]) vertheidiget, und daß damit der Gerichtsgebrauch übereinſtimme, von verſchiedenen bezeuget [u]).

Andere Rechtslehrer ſprechen zwar den Vater eines Stuprators von der Verbindlichkeit zur Verpflegung des von dem letzteren erzeugten Kindes überhaupt, und der Regel nach, frey, zumal wenn die Geſchwächte geſtändlicher, oder bewie-

ſener-

s) S. F. BOEHMER *ad* CARPZOV. *q.* 68. *Obſ.* 12.

t) CARPZOV. *in Iuriſpr. Conſiſt.* II. *Def.* 243. STRYCK *ad* BRVNNEMANNI *Ius Eccl. Proteſt. L.* 2. *c.* 18. 28. RÜDINGER *de auo paterno ad aliment. nepot. illegit. praeſtand. obſtrict. Erford.* 1729.

u) WERNHER *P.* I. *Obſ.* 134. MEISTER *in Princip. Iur. Crimin. c.* 40. §. 6. *not. a.* KOCH *Inſtitut. Iur. Crimin.* §. 280.

ſenermaßen zu eben derſelben, oder wenigſtens, allem Anſehen nach, faſt zu einer gleichen Zeit mit mehreren in Unzucht gelebet haben ſollte [x]); ſie wollen aber gleichwohl, daß wenigſtens ſodann ein Vater zu der Verpflegung des von ſeinem Sohn auſſer der Ehe erzeugten Kindes verbunden ſey, wenn die Mutter deſſelben, oder wenigſtens deren Aeltern nicht mehr vorhanden, oder auch ſo wenig dieſe, als jene die Koſten, welche die Verpflegung erfordert, bey ihrer Armuth beſtreiten können [y]). Die Gründe derjenigen Rechtslehrer inzwiſchen, welche dem Vater die Verpflegung des von ſeinem Sohn auſſer der Ehe erzeugten Kindes, nur im Nothfall, und in Ermangelung der Mutter, und eines derſelben zuſtändigen Vermögens, auflegen, ſind beſonders die nachfolgenden: Die Mutter ſey nämlich wegen der Erzeugung ihres Kindes zu deſſen Verpflegung unmit-

x) STRUV *Iuriſpr. Rom. German. forenſ. Lib.* 1. *Tit.* 15. §. *ult.* WERNHER *P.* 6. *Obſ.* 395.

y) CARPZOV *Iuriſprud. eccl. Lib.* 2. *Def.* 243. WERNHER *P.* 1. *Obſ.* 134. BOEHMER *ad* CARPZOV. *c. l.* Diejenigen, welche dem Vater die Verbindlichkeit, ſeines Sohns uneheliche Kinder in Subſidium zu ernähren, auflegen, pflegen gleichwohl deſſelben eigenen Wahl die Beſtimmung, ob er eine gewiſſe Summe Geldes zu der Verpflegung ſolcher Kinder ausſetzen, oder ſie vielmehr zu ſich ins Haus nehmen, und ihre Verpflegung ſolchergeſtalt unmittelbar beſorgen wolle, zu überlaſſen. BERGER *in Oeconom. Iur. Lib.* 3. *Tit.* 11. *Th.* 4. *n.* 7.

unmittelbar, der Großvater deſſelben aber dazu nur mittelbar, und in Subſidium verpflichtet [z]). Ueberdieß ſey auch die, nur im Fall der Noth einem Vater aufliegende Verbindlichkeit, das von ſeinem Sohn auſſer der Ehe erzeugte Kind zu ernähren, und ſolchergeſtalt die Folgen der Miſſethat, die von jenem begangen worden, zu tragen, ſo viel immer möglich, einzuſchränken, und daher nur ſodann, wenn die leiblichen Aeltern bey ihrer Armuth die Verpflegung nicht unmittelbar übernehmen können, zu behaupten. Endlich ſey es auch in aller Abſicht für unbillig anzuſehen, wenn man dem Vater eines Stuprators die Verpflegung des von dem letztern erzeugten Kindes aufdringen wollte, da gleichwohl die leibliche Mutter dazu im Stande wäre, beſonders, da nach Vorſchrift der Rechte, das von einem emancipirten Sohn erzeugte Kind nicht ſowohl von ſeinem Großvater, als vielmehr, in Ermangelung des Vaters, von ſeiner Mutter ernähret werden müſſe [aa]).

Noch andere Rechtslehrer laſſen es zwar bey dem Grundſatz: Daß in Ermangelung des Stuprators, vor allen andern die leibliche Mutter zur Ernährung und Verpflegung ihres unehelichen Kindes gehalten ſey, bewenden; ſie behaupten aber auch zugleich, daß, bey der vorhandenen Armuth

z) *L. un. C. diuort. fact. apud quem lib. cap.* 5. X. *de eo qui dux.*

aa) *L.* 5. §. 1. 2. und *L. fin. de agnoſcend. vel alend. lib.*

E

muth und Mittelloſigkeit der Mutter, die Verpflegung eines auſſer der Ehe erzeugten Kindes, ſowohl dem Großvater våterlicher als můtterlicher Seite gebůhre, weil nåmlich der Grund der Verbindlichkeit, die auſſer der Ehe erzeugten Enkel zu ernåhren, in der Blutsverwandſchaft, die bey beyden Großvåtern, ſowohl von våterlicher als můtterlicher Seite, in gleicher Maaße vorhanden, zu ſetzen ſey, die beſondere Verbindlichkeit des Großvaters våterlicher Seite aber zu Ernåhrung ſeiner Enkel, nur eigentlich bey ehelich gebohrnen Kindern platzgreiflich werden kånne [bb]). So wenig nun zwar der Satz: Daß der Vater einer geſchwåchten Perſon in Subſidium zu der Verpflegung ihres auſſer der Ehe erzeugten Kindes gehalten ſey, gegrůndeten Einwůrfen unterworfen ſeyn kann, weil er ſelbſt in den Geſetzen ſeine Beſtåtigung findet [cc]); ſo iſt es gleichwohl derjenige in keine Wege, daß, in Ermangelung der leiblichen Aeltern eines auſſer der Ehe erzeugten Kindes, auch den Großåltern våterlicher Seite die Verpflegung, wenigſtens zum theil zur Laſt falle. Denn, da es hierunter an ausdrůcklichen geſetzlichen Beſtåtigungen, vermåge desjenigen, was bereits mit mehrerem angefůhret worden, ermangelt, oder doch wenigſtens die geſetzlichen Stellen dasjenige nicht deutlich enthalten, was man aus ihnen gleichwohl herzuleiten ſuchet; ſo iſt es auch, meinem

bb) BOEHMER *in Iur. Eccleſ. Proteſt. Lib.* 5. *Tit.* 16. §. 14.

cc) *Cit. L.* 8. *D. de agnoſcend. vel alend. liber.*

meinem Bedünken nach, bey demjenigen Grundſatz, nach welchem ein Vater überhaupt nicht verbunden iſt, die durch die Miſſethaten ſeiner Kinder gewirkten Schäden und Koſten zu erſetzen [dd]), billig auch in dem gegenwärtigen Fall ſchlechterdings zu laſſen. So ſehr man ſich nun gleichwohl zur Vertheidigung des Satzes: Daß ein Vater das von ſeinem Sohn auſſer der Ehe erzeugte Kind ernähren müſſe, auf eine anſcheinende Billigkeit gewöhnlich zu berufen pfleget; ſo ſehr nachtheilig iſt gleichwohl die Anwendung jenes Satzes den guten Sitten. Denn, kann ſich eine liederliche und dabey mittelloſe Weibsperſon verſichert halten, daß, ohngeachtet ihrer eigenen und ihres Liebhabers dürftigen Umſtände, die Aeltern des letzteren, die Früchte ihrer geſetzwidrigen und ſchamloſen Aufführung ſogar zu ernähren verbunden ſind; ſo muß nothwendig eine unzüchtige Lebensart ſich noch mehr verbreiten, indem nun auch die Furcht für die Schwierigkeit und Mühſeligkeit, uneheliche Kinder zu ernähren, dahin fällt, folglich die Anreizung zu ungezähmten Ausſchweifungen, zumal bey einer Weibsperſon, die jenen ſchon ohnehin er-

 geben

dd) *L.* 22. *C. de poen.* v. Sancimus, ibi eſſe poenam, vbi et noxia eſt. Propinquos, notos, familiares procul a calumnia ſubmouebimus, quos reos ſceleris ſocietas non facit. Nec enim affinitas, vel amicitia nefarium crimen admittunt. *Peccata igitur ſuos teneant auctores, nec vlterius progrediatur metus, quam reperiatur delictum.* Hoc ſingulis quibusque iudicibus intimetur. *add. L.* 1. C. *ne fil. pro patre.*

geben iſt, um deſto ſtärker werden muß. Mit dem von mir bisher angeführten ſtimmt auch nach dem Zeugniß des Ledderhoſe [ee]) die Obſervanz im Heſſen-Caſſelſchen überein. Denn nach derſelben iſt der Vater eines Stuprators auch nicht einmal ſodann verbunden, deſſelben uneheliches Kind zu ernähren, wann er gleich den Nießbrauch von dem mütterlichen Vermögen ſeines Sohns haben ſollte, weil ja einem Vater der Nießbrauch von dem mütterlichen Vermögen ſeines Sohns ohnehin ſchon vermöge der Geſetze gebühret. Daß jedoch der Geſchwächten die Nachſuchung eines Beſchlags auf die Capitalien ihres Schwängerers zur möglichen Sicherheit, um ihre Alimenten-Gelder zum wenigſten in Zukunft zu erhalten, freyſtehen müſſe, kann keinen Zweifel haben.

Nachdem bisher angeführten finde ich billig Bedenken, die Meynung, daß ein Vater das von ſeinem Sohn auſſer der Ehe erzeugte Kind zu ernähren verbunden ſey, zu vertheidigen; vielmehr halte ich mich davon völlig überzeuget, daß er einer richtigen Erklärung der Geſetze, und der Aehnlichkeit des Rechts in keine Wege gemäß, und daher nicht zu vertheidigen ſey. Daß auch billig dieſelbigen Grundſätze, die von dem Vater des Stuprators gelten, auch auf deſſen Mutter anzuwenden ſind, und daß demnach die letztere eben ſo wenig zu der Ernährung des von ihrem Sohn auſſer der Ehe erzeugten Kindes verbunden ſey, erhellet

ee) In dem Verſuch einer Anleitung zum Heſſen-Caſſelſchen Kirchenrecht. Caſſel 1785.

hellet aus den bisher angeführten Grundſätzen zur Genüge. Gegentheils aber läßt ſich nun aus demjenigen, was bisher weiter von mir an= und ausgeführet worden, die allgemeine Folge ziehen, daß in Ermangelung des Stuprators, und des von demſelben hinterlaſſenen Vermögens, oder bey deſſen Mittelloſigkeit, da er gleichwohl gegenwärtig iſt, die Mutter des unehelichen Kindes lediglich und allein zu deſſen Verpflegung verbunden ſey [ff]). Würde aber die letztere entweder nicht vorhanden ſeyn, oder auch wegen ihrer Armuth die Verpflegung ihres auſſer der Ehe erzeugten Kindes nicht übernehmen können; ſo fällt ſolche lediglich den Eltern der geſchwächten Perſon, oder vielmehr ihrem Vater, zur Laſt [gg]). In Ermangelung des letzteren, oder bey deſſen eigenen Armuth, muß, meinem wenigen Ermeſſen nach, eines jeden Orts Obrigkeit, welcher die peinliche Gerichtsbarkeit zuſtehet; in ſoferne anders die Gemeinde des Orts, bewieſenermaſſen, nicht zur Leiſtung einiges Beytrages verbunden ſeyn mögte,

ff) In dem Fall, da der Stuprator bey ſeinen eigenen dürftigen Umſtänden, ohne ſelbſt an den zur Erhaltung des menſchlichen Lebens nothwendigen Dingen Mangel zu leiden, die Koſten zu der Verpflegung ſeines auſſer der Ehe erzeugten Kindes nicht übernehmen kann, ſo muß deſſen Mutter, deren Umſtände es verſtatten, das ganze onus alendi allein übernehmen. *Arg. L.* 19. *de re iud. L.* 6. *de in Ius voc.* WERNHER *Suppl. ad P.* 7. *Obſ.* 85. *n.* 85. *ſqq.* wie auch *in Diſſ. de benef. competent. cap.* 3. *Th.* 2. *n.* 84.

gg) *L.* 8. *de agnoſcend. vel alend. liber.*

oder ſonſt hierunter durch beſondere Landesgeſetze nicht etwas Näheres beſtimmet ſeyn ſollte, die Verpflegung der in ihrem Gerichtsſprengel gebohrnen unehelichen Kinder übernehmen.

Die Ausnahme von den bisher angeführten Grundſätzen, oder, der Fall, da der Vater eines Stuprators zu der Verpflegung des von ſeinem Sohn auſſer der Ehe erzeugten Kindes gehalten wird, beſtehet, meinem Bedünken nach, darin, wann entweder derſelbe nicht abzuleugnen begehret, oder auch davon in den verhandelten Acten ein rechtlicher Beweis vorhanden iſt, daß er ſeinen Sohn zur Vollbringung ſeiner Ausſchweifungen, wo nicht gar angereizet habe, oder ſonſt dazu behülflich geweſen ſey, doch wenigſtens dieſes auſſer Streit geſetzet iſt, daß er ſeinen Obliegenheiten zuwider das liederliche Leben ſeines Sohnes, da er gleichwohl genugſame Wiſſenſchaft davon gehabt, nicht zu ſteuren geſuchet habe. Unter ſolchen Umſtänden hat es, meinem Ermeſſen nach, keinen Zweifel, daß der Vater eines Stuprators, der ſich eines, oder das andere von dem Vorſtehenden zu Schulden kommen laſſen, ſowohl zu der Verpflegung des von ſeinem Sohn auſſer der Ehe erzeugten Kindes, als zu den anderweitigen aus deſſelben unzüchtigen Lebensart erwachſenen Verbindlichkeiten, in ſoferne der letztere ſolche ſelbſt zu erfüllen nicht im Stande ſeyn mögte, in Subſidium gehalten werde [hh]) und überdieß wegen

hh) *Arg. L. 1. de condict. furtiu. L. 11. §. 2. ad L. Aquil. L. 18. D. mandati L. 2. D.* und *L. 4. C. de*

gen der gröblichen Hindanſetzung ſeiner väterlichen Pflichten nach richterlichem Ermeſſen beſtrafet werden könne und müſſe [ii]).

Ob ich gleich fortwährend und bey einer aufs neue angeſtellten Prüfung davon überzeuget bin, daß nach richtigen Rechtsgrundſätzen einem Vater die Verpflegung des von ſeinem Sohn auſſer der Ehe erzeugten Kindes im Wege Rechtens nicht anzumuthen und er der Regel nach dazu nicht gezwungen werden könne, im Fall er nicht ſeines Sohnes Erbe geworden ſeyn, oder andere kurz vorhin bemerkte Ausnahmen eintreten ſollten, ſo muß ich doch einräumen, daß an den mehrſten Oertern, beſonders in Pommern und Mecklenburg der Gerichts-Gebrauch entgegen und nach demſelben der Vater zu der Verpflegung des von ſeinem Sohn auſſer der Ehe erzeugten Kindes bey dem Abgang anderer Mittel zu deſſen Unterhaltung ohne Unterſchied verurtheilet zu werden pflege [kk]). Es iſt zum wenigſten in neuern Zeiten verſchiedentlich von den Königl. Schwediſch Pommerſchen

 Conſi-

C. de noxal. act. GEBAVER *de imputat. fact. alien.* §. 7.

ii) Meine Grundſätze des deutſchen peinlichen Rechts. Dritte Auflage §. 517.

kk) STRYCK *in vſu modern. Tit. ad Leg. Iul. de adulter.* §. 24. Von Balthaſar *in Tract. de hominib. propriis P.* 3. *cap.* 1. §. XI. *p.* 223. Eben derſelbe in ſeinen Anmerkungen über die Pommerſche Kirchen-Ordnung und Agende *p.* 605.

Conſiſtorio dergeſtalt erkannt [ll]) und wann die Sache durch Appellation an das Königl. Tribunal

ll) So erkannte unter andern das Königl. Schwediſch-Pommerſche Conſiſtorium unterm 28. April 1779 in Sachen der M. D. Maaßen zu Richtenberg Imploratin wider den Tiſchlermeiſter Gärtner daſelbſt Imploranten in punkto Alimentationis Infantis: „Da keine rechtmäßige Urſache, Imploratin das Kind abzunehmen und ſolches der Wartung und Pflege einer fremden Perſon anzuvertrauen, ſo wird nicht allein des Imploranten darauf gerichteter Antrag mittelſt Vertheilung in die Koſten als unſtatthaft verworfen, ſondern ihm zugleich hiemit angedeutet, daß auf dem Fall des Unvermögens ſeines Sohns er in der Verbindlichkeit ſich finde, deſſen mit der Imploratin erzeugtes Kind zu verpflegen und für ſeinen Sohn die feſtgeſetzten Verpflegungskoſten zu bezahlen.“ Auf gleiche Weiſe erkannte eben dieſes geiſtliche Gericht unterm 11. Auguſt 1781. in Sachen eines gewiſſen K. zu P. wider Maria Sophia Gründlern folgendergeſtalt: „Da die bewährteſten Rechtslehrer dafür halten, daß die Großeltern verbunden ſind, die unehlich erzeugten Kinder des Sohns, wann dieſer dazu unvermögend iſt, zu verpflegen, deren Meynung auch *in hoc foro* unlängſt angenommen und *in judicando* nicht allein nachgegangen, ſondern auch vom hohen Königl. Tribunal beſtätiget worden, ſo mag dem Supplicantiſchen Petito nicht deferiret werden.“ Es finden ſich auch ſchon Beyſpiele von ältern Zeiten, da das beſagte geiſtliche Gericht eben ſo geſprochen. Denn ſo wurde ſchon vor vielen Jahren ein gewiſſer Trai-

bunal gedien, ein ſolcher Ausſpruch beſtätiget worden [mm]).

Traiteur Rehberg zu Greifswalde verurtheilet, das Kind zu verpflegen, das ſein Sohn in Unehren erzeugt hatte und es dabey auch in der höchſten Inſtanz gelaſſen.

mm) Das neueſte Beyſpiel findet ſich vom Jahr 1783 in Sachen R. zu P. wider Maria Sophia Gründlern, da nämlich der ſchon angeführte Ausſpruch des Conſiſtoriums beſtätiget und der Appellant R. ſogar in die Koſten verurtheilet wurde.

VI.

Ob und in wieferne ein Advocat befugt ſey, in ſeiner eigenen Sache ſich ein Honorarium zuzueignen?

Wann das Zeugniß der mehrſten Rechtslehrer, zumal, wenn damit ſogar die Praxis der höchſten Reichsgerichte übereinſtimmet, die Richtigkeit eines Rechts-Satzes zur Genüge beweiſet, ſo ſcheinet es, daß die aufgeworfene Frage, wo nicht gänzlich verneinet, doch wenigſtens nur unter verſchiedenen Einſchränkungen bejahet werden könne. Diejenigen, die der Regel nach das erſtere wollen [a]), pflegen ſich auf verſchiedene geſetzliche Stellen [b]) zur Begründung ihrer Behauptung zu berufen, und ſie wollen in Gemäßheit derſelben, daß einem Advocaten in ſeiner eigenen Sache nicht einmal freyſtehen könne, diejenigen Koſten, die er gleichwohl, wenn er den Proceß nicht ſelber geführet, einem Procurator hätte geben müſſen, in Anrechnung zu bringen [c]). Allein, dieſes allen ohngeachtet pflegen gleichwohl die-

a) MENOCH *de arb. Iud. Quaeſt. L.* 2. *Cent.* 2. *Caſ.* 154. *n.* 4. *ſeq.* BERLICH *P.* 1. *Concl.* 72. *n.* 51. CARPZOV. *P.* 1. *Conſt.* 31. *Def.* 12. WERNHER *P.* 6. *Obſ.* 279.

b) *L.* 28. *D. locati. L.* 6. *C. de fructib. et lit. expenſ.*

c) MYNSINGER *Cent.* 1. *Obſ.* 2.

diejenigen Rechtslehrer, welche der Regel nach die aufgeworfene Frage verneinen, verſchiedene Einſchränkungen zu machen. Denn, faſt alle kommen darin überein [d]), daß es einem Advocaten in ſeiner eigenen Sache ſodann, wenn der Gegentheil in die Koſten verurtheilet wird, freyſtehen müſſe, auſſer ſeinem baaren Verlag, ein Honorarium rechtlich zu verlangen, wenn er anders zu beweiſen im Stande ſey, daß er die auf den Proceß in ſeiner eigenen Sache verwandte Zeit andern Arbeiten habe entziehen müſſen, folglich durch eine ſolche Verſäumniß, da er gleichwohl vom Advociren habe leben müſſen, in Schaden geſetzet worden [e]). Weil daher nach dieſer Meynung ein Advocat, der in ſeiner eigenen Sache von dem Gegentheil ſeine Mühwaltung bezahlet zu haben verlanget, beweiſen, oder wenigſtens eydlich erhärten muß, daß er durch die Verſäumniß ſo viel, als er wieder erſetzet zu haben begehret, Schaden gelitten habe, ſo geben verſchiedene Rechtslehrer, da es nicht allein an ſich ſchwer iſt, von einem angeblichen Intereſſe den Beweis zu führen, ſondern auch ſelten etwas Ergiebiges erhalten zu werden pfleget, den Rath, daß man in ſeiner eigenen Sache entweder einen andern Advocaten gebrauchen, oder wenigſtens die gerichtlichen

d) CARPZOV *c. l. Def.* 13. GAIL *Lib.* 1. *Obſ.* 131. *n.* 16. WERNHER *c. l.*

e) *Arg. L.* 11. §. 1. *ad exhibend. L.* 7. *teſtament. quemadm. aper. L.* 19. *C. de teſtib.* GAIL *L.* 1. *Obſ.* 157.

lichen Eingaben von einem andern Sachwalde unſchreiben laſſen möge [f]). Die weiteren Einſchränkungen, die inzwiſchen der Satz, daß ein Advocat in ſeiner eigenen Sache ſeine Mühwaltung nicht bezahlet erhalte, nach der Meynung der mehrſten Rechtslehrer zuläßt, ſind annoch beſonders folgende: Wann nämlich entweder der Proceß von einer beſonderen Wichtigkeit und Umfange, der nach Maaßgabe der Acten vielen Fleiß, Zeit und Verſäumniß erfordert hat, ſeyn ſollte [g]); oder auch die Sache, warum der Proceß geführet worden, nicht lediglich und allein den Advocaten, ſondern auch zugleich etwa ſeinen Miterben, oder Mitkläger oder Mitbeklagten betroffen haben mögte. Denn in dieſem letzteren Fall ſtehet es nach dem Zeugniß der angeführten Rechtslehrer dem Advocaten frey, wenigſtens ſoviel von dem Mitkläger, oder Mitbeklagten zu verlangen, als derſelbe auf ſeinem Antheil einem jeden andern Advocaten für die Betreibung der Sache hätte bezahlen müſſen [h]).

Obgleich auch der Regel nach ein Vormund für ſeine Mühwaltung keine Belohnung oder Vergeltung zu fordern berechtiget iſt, ſo hat es dennoch keinen Zweifel, daß ein Advocat für die ſeinem Pflegbefohlnen aduocando geleiſteten Dienſte

f) BERGER *in Oecon. Iur. Lib.* 4. *Tit.* 8. *Th.* 3. *n.* 6. WERNHER *c. l.*

g) GAIL *c. l. n.* 19.

h) MYNSINGER *c. l.* CARPZOV *c. l.*

ſie ſich mit Recht ein verhältnißmäßiges Honorarium anmaſſen könne [i]).

Es iſt jedoch diejenige Meynung, nach welcher es einem Advocaten freyſtehet, in ſeiner eigenen Sache auſſer dem baaren Verlag, auch das gewöhnliche Honorarium von ſeinem in die Koſten vertheilten Gegner zu verlangen, billig vorzuziehen und ſie wird auch von den angeſehenſten Rechtslehrern [k]) nicht ohne erhebliche Rechtsgründe vertheidiget. Denn einmal enthält der zum Beweis des Gegenſatzes angeführte *L. 28. D. Locati* nichts zur Sache gehöriges, und zweytens kann der *L. 6. C. de fructib. et lit. expenſ.*, da er eines Theils lediglich vom peinlichen Anklags-Proceß redet [l]), auf bloße Civilfälle keine Anwendung leiden.

i) SCHORCH *Reſp.* 177. *n.* 26.

k) VOET. *Comm. ad Pandect. Lib.* 3. *Tit.* 1. §. 7. BERGER *in E. D. F. p.* 1014. Struben Th. 2. im 31ſten Bedenken. SCHOEPFER *Tit. de poſtuland. n.* 17. 20.

l) Cum quidam per leges ſacrasque conſtitutiones, alii per ſpeciales largitates ſibi praeſtita priuilegia praetendunt, tam ſuper ſportulis pro conventionibus vſque ad certam quantitatem praebendis, quam ſuper expenſis litium vel minuendis, vel penitus non agnoſcendis: per hanc legem decernimus, vt, quicunque huiusmodi privilegio munitus eſt, vel poſtea talem praerogatiuam quolibet modo meruerit, ſciat et ſi quos ipſe, vtpote ob noxios ſibi pro quacunque criminali vel ciuili cauſa conſtitutos in accuſationem deduxerit, hos nihilominus hisdem priuilegiis potituros: quoniam non eſt ferendum, eos, qui

den. Hienächſt ergiebet der Augenſchein, daß er dasjenige, was er gleichwohl eigentlich beweiſen ſoll, nicht beweiſe. Weil auch die Geſetze einem Advocaten, ohne das beſondere Verhältniß deſſelben in Betracht zu ziehen, und ohne zu unterſcheiden, ob er die ihm aufgetragene Sache gewinne, oder verliere, in ſofern letzteres nur nicht durch ſeine Fahrläſſigkeit geſchiehet, heutiges Tages ohne Einſchränkung erlauben, für ſeine Mühwaltung eine Vergütung zu verlangen [m]), ſo läßt ſich auch um deswillen keine Ausnahme in dem angezogenen Fall, da ein Advocat ſeine eigene Sache betreibet, behaupten. Ueberdieß iſt die Erſtattung aller Koſten eine in den Geſetzen begründete poena temere litigantium, deren Grund, ohne zu unterſcheiden, ob der Advocat ſeine eigene, oder eine fremde Sache führe, anwendlich iſt [n]), und bey der es auch um ſo mehr zu laſſen, als die Koſten-Erſetzung heutiges Tages faſt das einzige Mittel iſt,

qui praefatas praerogatiuas (vt iam ante latum eſt) praetendunt, aliquid plus ab aduerſariis ſuis quaerere concedi, quam ipſi ab aliis pulſati facere patiantur: ita ſcilicet, vt haec quidem forma modis omnibus obſeruetur ſuper priuilegiis per liberalitates, vel generaliter quibusdam officiis, aut ſcholiis ſeu dignitatibus, vel ſpecialiter certis perſonis praeſtitis, vel poſtea praebendis: ſiue hoc ipſum expreſſim principalibus diſpoſitionibus, vel affatibus inſertum, ſive praetermiſſum ſit, vel fuerit.

m) *L.* 1. §. 10. *L.* 12. *de extraord. Cognit.*

n) VOET. *c. l. L.* 3. *Tit.* 1. §. 7.

iſt, um ſtreitſüchtige Leute von unnützen und ſchädlichen Proceſſen abzuhalten [o]). Aus den angeführten Gründen folget nun von ſelbſt, daß auch der in die Koſten verurtheilte Theil dem Advocaten ſeinen Verlag und Honorarium bezahlen müſſe, der ſeiner Ehefrauen Sache geführet hatte [p]). Ob es nun zwar einem Advocaten, der ſeine eigene ſtreitige Sache führet, nicht leicht ſchwer ſeyn kann, wenigſtens einige Verſäumniß, die er in gerichtlicher Betreibung ſeiner eigenen Angelegenheiten gelitten hat, anzuführen und zu beſcheinigen; ſo iſt gleichwohl meinem Bedünken nach eine ſolche Beſcheinigung der Verſäumniß nicht erforderlich, vielmehr ohne Unterſcheid ein jeder Advocat in dem Fall, da der Gegentheil in die Koſten verurtheilet worden, befugt, auſſer dem baaren Verlag eine Vergütung ſeiner gehabten Mühe und Arbeit, ſo hoch ſolche nach richterlichem Ermeſſen beſtimmet wird, in ſeinen eigenen Angelegenheiten zu verlangen. Es hat auch hiebey billig der Regel nach das Bewenden, ohne darauf weiter zu ſehen, ob die Sache, worin jemand ſein eigner Sachwald geweſen, von großer, oder von minderer Beträchtlichkeit geweſen ſey, ob ſie viele Zeit und viele Mühe erfordert habe, oder nicht, ob der Proceß lediglich in der Abſicht, um jemand zur Bezahlung des rückſtändigen Honorariums anzuhalten, oder aus andern Urſachen geführet

o) LUDOVICI *de expenſ. litis actori a reo ſubminiſtrand. Hal.* 1739.

p) ENGAU *P.* I. *Dec.* 229.

führet worden, ob ein ſolcher Advocat ſeine Verſäumniß oder ſein Intereſſe zu beweiſen im Stande ſey, oder nicht. Den von mir angeführten Grundſätzen gemäß iſt nicht allein nach dem Zeugniß des Struben [q]) von der Hannöverſchen Juſtitz-Canzley erkannt worden, ſondern man hat dieſelben auch beym hieſigen Königl. Tribunal in Sachen des Schutzjuden Alexander Jeremias zu Göttingen wider den D. U. in Punkto der von ſeinem Sohn contrahirten Wechſel-Schulden gebilliget und die Verbindlichkeit zum Erſatz auch auf die Procuratur-Koſten erweitert.

q) A. O.

VII. Von

VII.

Von den vorzüglichſten alten deutſchen Gewohnheiten, auf welche in der peinlichen Gerichts-Ordnung Beziehung gemacht wird, und von deren heutigen Anwendung.

Eine geringe Aufmerkſamkeit ergiebet, daß der Kaiſer Karl der Fünfte an vielen Stellen der peinlichen Gerichts-Ordnung die alten Gewohnheiten der Deutſchen, ſowohl in der Beſtraſung der Miſſethaten, als in der Beſtimmung ihrer Natur und Eigenſchaften, und ſelbſt zum Theil in der Verfahrungs-Art ſich zum Augenmerk geſetzet habe. Ob nun zwar die vorzüglichſten Ausleger der peinlichen Gerichts-Ordnung letzteres nicht unangemerket laſſen, ſo halte ich doch dafür, daß eine etwas vollſtändigere Anführung derjenigen Fälle, da in jener peinlichen Gerichts-Ordnung auf deutſche Gewohnheiten Bezug gemacht wird, nebſt der Bemerkung der heutigen Anwendung derſelben, nicht ohne Nutzen ſeyn könne. Ich will mich bemühen, wenigſtens die vornehmſten Stellen der peinlichen Gerichts-Ordnung, wo die Gewohnheiten der alten Deutſchen zum Grunde geleget werden, anzuführen, auch ob und in wieferne damit der heutige

Gebrauch übereinſtimme, anzumerken [a]). Eine ſolche Bemühung kann wenigſtens Anfängern dazu dienen, daß ſie nicht bey dem bloßen Buchſtaben der Geſetze ſtehen bleiben, vielmehr in ihren Grund und Urſache eindringen, und dadurch ihre Anwendung am richtigſten beurtheilen können, ſo gerne ich ſonſt zugebe, daß dieſe Materie in ihrem ganzen Umfange ſich in wenigen Bögen nicht erſchöpfen laſſe.

Gleich in dem erſten Artikel befiehlet der Kaiſer, daß die von Adel und andere, die eigener Perſon und Amts halber in den Blutgerichten ſitzen müſſen, ſich derſelben nicht aus dem irrigen Wahn, daß ſolches ihrem Stande nachtheilig ſey, entziehen ſollen, und dieſen Vorſchriften gemäß ordnet der zweyte Artikel insbeſondere, daß alle diejenigen, denen ihrer Güther wegen die peinlichen Gerichte zuſtehen, ſolche allemal in eigener Perſon verwalten ſollen, in ſoferne ſie daran nicht durch gewiſſe Mängel und Gebrechen ihres Geiſtes oder ihres Körpers verhindert werden mögten. Daß aber bey dieſen Verfügungen vorzüglich auf

a) Den Nutzen der alten deutſchen Gewohnheiten zur Erklärung der heutigen Geſetze und Gebräuche in peinlichen Fällen ohne beſondere, oder wenigſtens vollſtändige Beziehung auf die peinliche Gerichts-Ordnung habe ich in dem Entwurf von dem Nutzen der alten deutſchen Gewohnheiten in peinlichen Fällen zur Erklärung unſerer heutigen peinlichen Geſetze und Gebräuche, Bützow und Wismar 1768. gleichſam Auszugsweiſe zu zeigen, mich bemühet.

auf die alten Gewohnheiten der Deutſchen geſehen werde, ergiebet ſich daher von ſelbſt, weil nach jenen die Hegung der Blutgerichte andern niemal überlaſſen werden konnte, vielmehr von dem ordentlichen Richter in eigener Perſon verwaltet werden mußte. Ueberdieß wurde die Hegung der Blutgerichte bey unſern alten Vorfahren zu den größten Vorzügen gerechnet [b]), deren ſich ſelbſt Könige und Fürſten nicht entzogen [c]). Bey den Franken und Sachſen pflegte man gewöhnlich nur diejenigen zu Freygrafen zu erwählen, mithin zum Richteramt zuzulaſſen, die von höherem Adel waren [d]). Nicht einmal zu dem Amt eines Schöpfen in den peinlichen Gerichten pflegte man andere, als die vom Adel und Schöppenbarfreye waren, zu erwählen [e]). Die vornehmſten Urſachen, warum in den folgenden Zeiten die vom Adel und andere Standesperſonen ſich der Sitzung in den Blutgerichten entzogen haben, ſind von verſchiedenen berühmten Rechtslehrern bereits zur Genüge unterſuchet und entwickelt worden [f]). Die Mißbräuche in den ſogenannten Fehmgerichten,

b) KRESS *de var. Iurisdict. in German. gener. Obſ.* 4. §. 4.

c) SCHOTTEL *de antiquis in German. Iur. p.* 571. ENGAV *in Element. Iur. Crimin. Lib.* 2. *Tit.* 2. §. 20.

d) *de* CRAMER *de nobilitat. auit. c.* 5.

e) KRESS *ad art.* 1. *CC.* §. 7. BRVMMER *de Scabin. med. aeu. et recent. Lipſ.* 1712.

f) KRESS *c. l.* §. 1.

beſonders aber auch die Grundſätze des in Deutſchland eingeführten Canoniſchen Rechts, und die geſchehene Beförderung ſolcher Perſonen zum Richteramt, die nicht im mindeſten im Anſehen, vielmehr vom niedrigſten Stande waren, haben dazu wohl ohnſtreitig gar viel beygetragen [g]). Ob nun zwar nach der peinlichen Gerichts-Ordnung diejenigen, denen ihrer Güter wegen der peinliche Gerichtszwang zuſtehet, ſolche nur unter verſchiedenen Einſchränkungen von andern verwalten laſſen können [h]); ſo hat es gleichwohl nach dem heutigen Gerichtsgebrauch nicht den mindeſten Zweifel, daß auch ſelbſt bey einem etwanigen Mangel ſolcher Einſchränkungen ihnen ſolches frey ſtehe [i]). Da dieſe Grundſätze heutiges Tages allenthalben in den Gerichten angenommen worden, mithin für deren Anwendung die Vermuthung vorwaltet; ſo bedarf der Grund-Gerichtsherr, um ſeine peinliche Gerichtsbarkeit durch andere in ſeinem Namen ausüben zu laſſen, in Ermangelung einer entgegenſtehenden und genugſam bewieſenen Obſervanz, nicht einmal einer beſonderen Landesherrlichen Vergünſtigung [k]).

Obwohl

g) *de* BOEHMER *ad art.* 1. *CC.* §. 10.

h) Art. 2. P. G. O.

i) WERNHER *P.* 3. *Obſ.* 170. GRAMS *de femina Iurisdict. patrimon. habente, Alt.* 1706.

k) *de* BOEHMER *ad art.* 2. *CC.* §. 1. In Mecklenburg iſt es insbeſondere eine ſelbſt durch Landesgeſetze beſtätigte Gewohnheit, daß die Landbegüterten ihren habenden peinlichen Gerichtszwang durch andere verwalten laſſen können, ſ. den **Landesgrundgeſetzlichen Erbvergleich** §. 425.

Obwohl nach dem Römiſchen Recht die Gerichtsbarkeit niemal auf die Erben gehen konnte [l]); ſo hat es gleichwohl nicht den mindeſten Zweifel, daß die heutige Gerichtsbarkeit, man mag auch übrigens die Urſache derſelben ſetzen, worin man will [m]), deutſchen Urſprungs ſey, und daß folglich der Kaiſer, da er den peinlichen Gerichtszwang der Güter wegen ausdrücklich beſtätiget [n]), nicht ſowohl eigentlich auf die Grundſätze des Römiſchen Rechts, als auf die zu der Zeit bereits vorhandene Gewohnheit in Deutſchland, nach welcher der Gerichtszwang der Güther wegen nicht mehr bezweifelt wurde, geſehen habe [o]).

Wann der Kaiſer Karl der Fünfte ſowohl Richter als Schöpfen vor ihrer Amtsverrichtung in peinlichen Fällen förmlich beeydiget wiſſen will [p]); ſo iſt der Grund davon nicht ſowohl lediglich im Römiſchen Recht [q]), als vielmehr auch in den alten Gewohnheiten der Deutſchen zu finden. Letztere nämlich hielten es nicht allein für nothwendig, die Richter und Urtheiler bey der

 Ueber-

l) LEYSER *Spec.* 29. *m.* 4.

m) KRESS *de var. Iurisdict. criminal. in German. gener. c.* 2. *Obſ.* 5. §. 6. Meiſter in dem peinlichen Proceß im erſten Abſchnitt, im eilften Hauptſtück §. 9.

n) Art. 2. P. G. O.

o) HEINECCIVS *de Orig. atque indole Iurisdict. patrimon. de* LVDWIG *de praediator. Iurisdict. Nobil.* LEYSER *c. l.* Meiſter a. O.

p) Art. 3. und 4. P. G. O.

q) *L.* 14. *C. de Iudic.*

Uebernahme ihres Amts zu vereyden, ſondern ſie pflegten dieſelben ſogar in einzelnen Fällen zu einer unpartheyiſchen Juſtitzpflege durch förmliche Endſchwüre zu verpflichten r). Der heutige Gerichtsgebrauch ſtimmet mit demjenigen, was die peinliche Gerichts-Ordnung hierinnen vorſchreibet, nicht durchgängig überein. Denn, ſo werden die Grund-Gerichtsherrn, wenn ſie gleich den peinlichen Gerichtszwang in Perſon verwalten ſollten, nicht vereydet, noch weniger ſtehet ihnen anzumuthen, bey einzelnen Vorkommenheiten einen beſonderen Eyd zu leiſten. Es pflegen auch ſolche Richter, die entweder bey dem Antritt ihres Richteramts in Eyd und Pflicht genommen worden, oder, die auch durch die Leiſtung des Doctor- oder Advocaten-Eydes die Handhabung und Beförderung der Gerechtigkeit überhaupt verſprochen haben, nicht auf jeden einzelnen Fall beſonders, da ihnen die Führung einer Inquiſition übertragen wird, vereydet zu werden s). Ob nun zwar in Ermangelung der bisher angeführten Ausnahmen, es bey der vorgeſchriebenen förmlichen Vereydung der peinlichen Richter das Bewenden behält, ſo pfleget man gleichwohl dasjenige Formular des Eydes, welches die peinliche Gerichts-Ordnung vorſchreibet, nicht eben wörtlich beyzubehalten, vielmehr ſolches den vorkommenden Umſtänden gemäß einzurich-

r) DREYER *de vſu genuin. Angl. Saxon. Iur. p.* 195. *de* BOEHMER *ad art.* 3. *CC.* §. 1.

s) Grundſätze des deutſchen peinlichen Rechts. Dritte Auflage. §. 539.

zurichten. Es iſt auch ſelbſt bey der wörtlichen Beybehaltung für einen allgemeinen Grundſatz billig anzunehmen, daß ſich der Eyd dennoch auf die Landesrechte und Gewohnheiten eines jeden Orts insbeſondere beziehen müſſe. Weil auch die Schöpfen, oder Beyſitzer in den Patrimonial- und Amtsgerichten gewöhnlich kein öffentliches Amt bekleiden, vielmehr von dem Richter in vorkommenden Fällen beſonders beſtellet zu werden pflegen, ſo dürfen ſie unter ſolchen Umſtänden denjenigen Eyd nicht leiſten, welchen die peinliche Gerichts-Ordnung in Abſicht ſolcher Schöpfen, die zugleich in peinlichen Fällen als eigentliche Urtheiler anzuſehen ſind, insbeſondere vorſchreibet [t]).

Wann nach der ausdrücklichen Vorſchrift der peinlichen Gerichts-Ordnung alle Criminal-Gerichte mit Richtern und Urtheilern, oder Schöpfen beſetzet ſeyn [u]), auch letztere auf eine geſetzmäßige Führung ihres Amts insbeſondere beeydiget werden ſollen [x]), ſo iſt es keinem Zweifel unterworfen, daß Kaiſer Karl der Fünfte dadurch eine alte Gewohnheit, die in den deutſchen Gerichten ehemal üblich war, beſtätiget habe. Obzwar die ſogenannten Schöpfen bey den alten Deutſchen dem Richter in der Fällung, oder Findung der Urthel behülflich ſeyn mußten und eben daher Urtheilfinder, oder Schöpfen genannt wurden, weil der Richter nach dem Rath und

t) *de* BOEHMER *ad art.* 3. *C.C.C.*
u) Art. 1. P. G. O.
x) Art. 2. P. G. O.

Erachten der Schöpfen ſich ſowohl in ſeinem Verfahren wider den Angeſchuldigten richten, als auch die Strafe des begangenen Verbrechens beſtimmen mußte [y]); ſo ſind gleichwohl die heutigen Beyſitzer in den Blutgerichten mit den ehemaligen Schöpfen bey den alten Deutſchen in keine Vergleichung zu ſetzen. Denn, wenn gleich die heutigen Beyſitzer in den Amts- und Stadtgerichten nach der Regel auch in peinlichen Fällen eine Stimme haben, ſo ſtehet ihnen gleichwohl in keine Wege die wirkliche Entſcheidung eigentlicher peinlicher Fälle zu, indem die Amts- und Stadtgerichte vielmehr angewieſen ſind, jene entweder ihrem vorgeſetzten Obergericht, oder ganzen Rechts-Collegien, zu überlaſſen [z]). Wann vormal zu den Schöpfenamt nur angeſehene Perſonen, die vom ritterſchaftlichen Stande waren, und die ſich durch Alter und Erfahrung vor andern insbeſondere auszeichneten, zugelaſſen wurden [a]), ſo ſiehet man heutiges Tages, beſonders in den Niedergerichten, nicht mehr auf den Stand der Beyſitzer, indem auf dem Lande bisweilen ſogar geringe

y) BRVMMER *de Scabin. med. aeu. et recent. Lipſ.* 1712. Meiſter in dem peinl. Proceß im erſten Abſchnitt, im 4ten Hauptſtück §. 8.

z) Art. 7. 91. 146. 147. 150. 161. 219. P. G. O.

a) HEINEECIVS *in Element. Iur. German. Lib.* I. §. 74. 109. und *Lib.* 3. §. 19. Struben in den Nebenſtunden *T.* I. S. 131. *de* SELCHOW *de Iurib. ex ſtat. ingen. in German pendent. c.* 2. §. 42. *p.* 129. BRVMMER *c. l. c.* 7. §. 6.

ringe Bauersleute die Stellen der Beyſitzer zu vertreten pflegen. Die Schöpfen bey den alten Deutſchen wurden anfänglich förmlich gewählet, nachhin aber von dem Könige, oder deſſen Abgeordneten, eingeſetzet [b]). Die heutigen Beyſitzer werden in den Patrimonial-Gerichten von dem Grundgerichts-Herrn, in den Amts- und Städtiſchen Gerichten aber gewöhnlich von dem Landesherrn beſtellet. Wie ſchon in den alten deutſchen Gerichten die Anzahl der Schöpfen nicht beſtändig gleich war [c]), ſo hat auch Kaiſer Karl der Fünfte die Anzahl der bey Criminal-Geſchäften gegenwärtig ſeyn ſollenden Beyſitzer nach den verſchiedenen Vorfällen in den peinlichen Gerichten ſehr ungleich beſtimmet. Denn, ſo werden zur feyerlichen Beſetzung des peinlichen Halsgerichts ſieben bis acht Schöpfen [d]), zur Beſichtigung eines todten Körpers und bey der Tortur wenigſtens zwey [e]), zur Beſtimmung der Größe der von dem Ankläger zu leiſtenden Caution vier [f]),

b) MEINDERS *de Iudic. centenar. p.* 63. HOFFMANN *de orig. et nat. leg. German. priu. antiq. p.* 82. §. 4.

c) Die peinlichen Gerichte waren zwar gewöhnlichermaßen, zumal unter den Fränkiſchen Königen, mit ſieben Schöpfen beſetzet; inzwiſchen findet man auch Beyſpiele, daß in einigen Gerichten zwölf, in andern ſechs, und noch in andern acht Schöpfen zugezogen worden ſind. BVDER *de Iudic. duodecimuir.* WOLLENBERG *de numero ſeptenar.*

d) Art. 84. P. G. O.

e) Art. 46. 47. 181. P. G. O.

f) Art. 12. und 13. P. G. O.

und in andern Fällen mehrere, oder wenigere, erfordert [g]). Der Gerichtsgebrauch weichet inzwiſchen zum theil von dem Buchſtaben der peinlichen Gerichts-Ordnung ab, indem er überhaupt zu den Haupthandlungen, die in den peinlichen Gerichten vorkommen, und wohin beſonders die Unterſuchung des Corporis delicti, das Verhör des Angeſchuldigten und der Zeugen, auch andere Dinge von Wichtigkeit zu rechnen ſind, nur die Gegenwart zweyer Beyſitzer erfordert [h]). Im Fall aber von Geſchäften von minderer Beträchtlichkeit die Rede iſt, ſo genüget es, wenn ſolche unter der Aufſicht des Richters geſchehen, oder von einem der Beyſitzer und dem ordentlichen Gerichtsſchreiber vorgenommen werden [i]). Obwohl nach den Gewohnheiten der alten Deutſchen die Beyſitzer, oder ſogenannte Schöpfen in den Criminal-Gerichten bey der Entſcheidung peinlicher Fälle rathen, oder die Urthel finden mußten, die heutigen Beyſitzer aber, beſonders in den Patrimonial-Gerichten, Inhalt der peinlichen Gerichts-Ordnung, mehrentheils nur der bloßen Feyerlichkeit halber zugezogen zu werden pflegen [k]), ſo hat es gleichwohl keinen Zweifel, daß die beyden Beyſitzer, die annoch heutiges Tages in den Criminal-Gerichten ſowohl bey dem Verhör, als bey

g) Art. 71. 81. 149. P. G. O.

h) *Arg.* Art. 1. und 181. P. G. O. *de* BOEHMER *ad art.* 1. *CC.* §. 8.

i) *C.* 11. X. *de probat.* *de* BOEHMER *ad art.* 181. *CC.* §. 3.

k) Art. 81. 84. 92. 93. P. G. O.

bey allen und jeden Vorkommenheiten von einiger Wichtigkeit gegenwärtig ſeyn müſſen, beſonders auch des Beweiſes wegen, daß nämlich alles dasjenige, was auf die Unterſuchung der Gewißheit der begangenen Miſſethat und auf die Ueberführung des Angeſchuldigten eine Beziehung hat, ordentlich und den Geſetzen gemäß geſchehen ſey [l]), erfordert werden.

Obzwar der Anklagsproceß auch bey den Römern üblich war, indem dieſelben von dem heutigen und in dem Canoniſchen Recht gegründeten inquiſitoriſchen Proceß nichts wußten [m]), ſo ſcheinet gleichwohl die ausdrückliche in der peinlichen Gerichts-Ordnung geſchehene Beſtätigung des Anklagsproceſſes [n]), imgleichen der Umſtand, daß er ſogar dem inquiſitoriſchen Proceß, in ſoferne ein Ankläger vorhanden iſt, vorgezogen werden ſolle [o]), ſich lediglich auf die Gewohnheiten in den alten deutſchen Gerichten zu gründen. Nach der bekannten deutſchen Paroemie, **wo kein Kläger, da iſt auch kein Richter**, hatte bey den alten Deutſchen in peinlichen Fällen kein Verfahren von Amtswegen ſtatt, und eine jede Verurtheilung ſetzte die vorhergegangene Anklage zum Grunde [p]). Diejenige Sicherheitsleiſtung, die Inhalts

l) *Arg.* Art. 46. 47. 91. und 181. P. G. O.

m) BOEHMER *in Iur. Eccl. Proteſt. Tit. de accuſat.* §. 86.

n) Art. 11. 12. 13. 14. 15. P. G. O.

o) Art. 214. P. G. O.

p) HERT. *Theſaur. Paroem. Lib.* 1. *Paroem.* 12. *de* BOEHMER *ad art.* 214. *CC.* §. 3.

Inhalts der peinlichen Gerichts-Ordnung dem Ankläger zu beſchaffen, obliegen, und diejenige Vorſchrift, daß der Ankläger in Ermangelung einer gehörig zu beſchaffenden Sicherheit gefänglich eingezogen werden ſolle [q]), ſind Dinge, welche der ehemaligen Verfahrungsart in den Gerichten Deutſchlandes vollkommen angemeſſen ſind [r]).

Da die alten Deutſchen in den ſogenannten handhaften Thaten ſofort auf geſchehene Anklage den Verbrecher mittelſt erhobenen Geſchrichts vor Gericht zu ziehen pflegten, ihm auch keine Friſten zur Einbringung ſeiner Vertheidigung erlaubten, vielmehr ihn ſofort verurtheilten, ſo iſt es mir wahrſcheinlich, daß die Verfertiger der peinlichen Gerichts-Ordnung dieſe alte deutſche Gewohnheit wenigſtens in Gedanken gehabt haben müſſen, wenn wegen der ſogenannten unzweifentlichen Miſſethaten verordnet wird, daß darin ſofort und ohne weitere mühſame Unterſuchung und Beweisführung zur peinlichen Frage geſchritten werden ſolle [s]).

Wann der Kaiſer Karl der Fünfte zu einem rechtmäßigen Verfahren wider einen Angeſchuldigten in verſchiedenen Artikeln redliche und genugſame Anzeigen, Argwohn und Verdacht erfor-

q) Art. 12. und 13. P. G. O.

r) HEINECCIUS *in Element. Iur. German. Lib.* 3. *Tit.* 9. §. 320. und 321.

s) Art. 16. P. G. O. *de* BOEHMER *ad cit. artic.* §. 2.

erfordert [t]), die Beweismittel aber, die in den deutſchen Gerichten üblich waren und lediglich auf Aberglauben, oder auf die Meynung, daß Gott durch eine Art von Wunderwerk die Schuld, oder Unſchuld des Angeklagten auſſer Zweifel ſetzen würde, beruhten, nirgends erwähnet [u]), ſo iſt es wenigſtens ſcheinbar, daß er durch die Beyfügung redliche, genugſame, ungezweifelte, jene unzuläſſige Gewohnheit, gänzlich habe verwerfen wollen. Dieſe Muthmaßung ſcheinet ſich um deswillen um ſo mehr zu beſtätigen, als der Kaiſer insbeſondere alle diejenigen Anzeigen, die durch Zauberey und abergläubiſche Künſte herausgebracht worden, verwirft, und ausdrücklich verbiethet, daß darauf ſo wenig Gefängniß, als peinliche Frage gebauet, gegentheils aber befiehlet, daß der Wahrſager und Ankläger deshalb beſtrafet, ein Richter aber, welcher dergleichen Anzeigen bey ſeinem Verfahren zum Grunde geſetzet, dem beleidigten Theile in alle Wege zur rechtlichen Genugthuung gehalten werden ſolle [x]).

So wenig auch die Meynung, daß ſchon bey den Römern die Führung einer beſonderen Vertheidigung den Angeklagten erlaubt geweſen, zu beweiſen ſtehet [y]), ſo unleugbar iſt gegentheils hierun-

t) Art. 18. 19. 20. 22. 23. 25. 27. P. G. O.

u) COCCEJI *de fallac. crimin. indic.* STRYCK *de Iur. ſenſ. Diſſ.* 7. *c.* 3. *n.* 5. FASELT *de ſtillicid. ſang. ex interemt. cadau. praeſ. occiſor. Vitemb.* 1765. *de* BOEHMER *ad art.* 62. *CC.* §. 5.

x) Art. 21. P. G. O.

y) *L.* 19. *D. de poen.* KRESS *ad art.* 88. *CC.*

hierunter die Gewohnheit bey den alten Deutſchen, obwohl freylich die Art und Weiſe, die Vertheidigung zu führen, die bey unſern alten Vorfahren im Gebrauch war, gar ſehr von der heutigen abweichet [z]). Mir genüget, hier nur in der Kürze angemerket zu haben, daß die in der peinlichen Gerichts-Ordnung von den Vertheidigungen der Angeklagten gemachten Vorſchriften und die verſchiedenen Vortheile, die jenen zugebilliget worden [a]), auf alte deutſche Gewohnheiten eine Beziehung haben, und daraus am meiſten erkläret werden können.

Wenn gleich die Poena talionis wegen eines in einer peinlichen Sache abgelegten falſchen Zeugniſſes den Gewohnheiten der alten Deutſchen nicht zuwider iſt, ſo iſt gleichwohl die beſondere Vorſchrift der peinlichen Gerichts-Ordnung [b]), wie ſolche Zeugen zu beſtrafen ſind, nicht lediglich aus den Gewohnheiten bey den alten Deutſchen zu erklären [c]).

Der alte Gebrauch, die peinlichen Gerichte unter freyem Himmel zu hegen, wie auch das Geräuſch und Gepränge, das damit verbunden war, hat vermuthlich zu denjenigen verſchiedenen Feyerlichkei-

z) HEINECCIUS *c. l.* §. 323. FALCKNER *Meditatt. ad defenſ. forenſ. quib. fata, origo, ſpecies et effectus defenſ. reor. praeſertim in cauſa criminal. ſuccincte enarrantur, Lipſ.* 1738.

a) Art. 47. 88. 154. P. G. O.

b) Art. 68. P. G. O.

c) HEINECCIUS *Lib.* 2. *Tit.* 28. §. 311. 313.

lichkeiten, die nach der peinlichen Gerichts-Ordnung bey Eröfnung und Hegung der peinlichen Halsgerichte beobachtet werden ſollen [d]), die vornehmſte Veranlaſſung gegeben.

Wann der Kaiſer Karl der Fünfte das Beſchreyen der Uebelthäter nach eines jeden Gerichtsgewohnheit beſtätiget [e]), ſo hat dieſes ohnſtreitig ſeine unmittelbare Beziehung [f]) auf einen alten Gebrauch in Deutſchland, nach welchem vornehmlich der beleidigte Theil wider denjenigen, der durch ſeine Miſſethat, deren Strafe an Haut und Haar, oder Hals und Hand ging, die öffentliche Sicherheit geſtöhret hatte und dabey auf handhafter That betreten war, Recht und Hülfe mittelſt eines durch verſchiedene Redensarten nach eines jeden Orts Gewohnheit erhobenes Geſchrichte [g]) aufforderte. Das unter ſolchen Umſtänden bey den alten Deutſchen übliche Geſchrichte diente ſowohl zur Förderung des Rechts, als auch zur Ueberführung des Thäters [h]). Obwohl bey der Hegung des hochnothpeinlichen Halsgerichts, zumal, wenn von eigentlichen Capital-Fällen die Rede iſt, auch noch heutiges Tage an verſchiedenen

d) Art. 80-87. P. G. O.

e) Art. 87. P. G. O.

f) Der Herzogl. Mecklenburgiſche Höchſtverdiente Herr Geheime Rath Schmidt *in Progr. de* Sünt Hülp *et* S. Jodut, Roſt. 1744.

g) MEINDERS *de Iudic. centenar. p.* 289. *de* BOEHMER *ad* CARPZOV. *q.* 136. *Obſ.* 1.

h) *de* BOEHMER *ad art.* 87. *CC.* §. 3.

nen Oertern in Gemäßheit der angezogenen alten Gewohnheit ein ſogenanntes Zitits oder Zettergeſchrey erhoben zu werden pfleget [i]), ſo gehöret doch die Anſtellung deſſelben lediglich zu denjenigen Feyerlichkeiten, die Inhalts der Karoliniſchen Halsgerichts-Ordnung nur in ſoferne zuläſſig ſind, als ſie ſich in der Obſervanz eines jeden Orts gründen.

Das Brechen des Stabes, welches Kaiſer Karl der Fünfte nach geſchehener Verurtheilung zu einer peinlichen Strafe ausdrücklich beſtätiget [k]), hat ſeinen Grund ebenfalls in den alten Gewohnheiten der Deutſchen, als welche gewöhnlich in allen Geſchäften von einiger Wichtigkeit zum Beweiſe, daß dieſe oder jene Handlung ihre Endſchaft erreichet habe, verſchiedene Zeichen zu gebrauchen pflegten [l]). Heutiges Tages pfleget der Blutrichter nach gehegtem peinlichen Halsgericht und erfolgter Verurtheilung zur Todesſtrafe den Stock, den er zum Zeichen ſeiner habenden Gewalt in Händen hat, zu zerbrechen; allein, es geſchiehet ſolches keines Weges aus der Urſache, um damit zu erkennen zu geben, daß die eröfnete Urthel ſchlechterdings unveränderlich ſey, ſondern lediglich in der Abſicht, um dadurch anzuzeigen, daß das gehegte peinliche Halsgericht nun-

i) MASCOV. *de clamor. violent. vulgo.* vom Zettergeſchrey.

k) Art 96. P. G. O.

l) BECK *Diſſ. de ſolenn. fract. baculi ritu in exequend. ſupplic. extrem. ſentent. Ien.* 1732.

nunmehro ſeine Endſchaft erreichet habe [m]). Denn, ſollte der Verurtheilte vor gehegtem peinlichen Halsgericht, oder auf dem Richtplatz ſein abgelegtes Bekenntniß wiederrufen, oder ſollten ſich auch neue, oder wenigſtens noch nicht zur Genüge erörterte Vertheidigungs- oder Milderungsgründe ergeben, ſo iſt die Vollſtreckung der peinlichen Urthel, da aller Schluß in peinlichen Fällen nur Bedingungsweiſe iſt, bis zur geſchehenen vollſtändigen Unterſuchung und erfolgten rechtlichen Entſcheidung billig zu verſchieben [n]). Obwohl der gemeine Haufe das Aufnehmen der Ueberbleibſel des zerbrochenen Stockes als eine Handlung anzuſehen pfleget, die mit einer Art von Anrüchtigkeit verbunden iſt, ſo iſt gleichwohl dieſe Meynung, da ſie ſo wenig auf geſetzlichen Vorſchriften, als ſonſt auf vernünftigen Gründen beruhet, in aller Abſicht für unſtatthaft anzunehmen [o]).

Der Kaiſer Karl der Fünfte befielet, daß nach gehegtem peinlichen Halsgericht und erfolgtem

m) *de* BOEHMER *ad* CARPZOV. *q.* 136. *Obſ.* 2. und *in Meditatt. ad art.* 96. §. 1. Die gegentheilige Meynung, oder, daß das Brechen des Stokkes in Capital-Fällen die Unveränderlichkeit der peinlichen Urthel anzeige, vertheidigen, ſo viel ich ſehe, ohne genügſamen Grund CLASEN *ad art.* 96. *CC.* MANTZEL *in Iur. Crimin. Meckl.* §. 7.

n) Art. 91. P. G. O. Meine Grundſätze des peinl. Rechts §. 781. 782.

o) *Select. Iurid. Roſtoch. faſcic.* 1. *Spec.* 11. *q.* 2.

tem Brechen des Stockes, der Richter auf dem Richtplatz öffentlich ausrufen und verkündigen laſſen, und bey Leib und Gut gebiethen ſolle, dem Nachrichter keinerley Verhinderung zu thun, auch, wann es ihm mislinge, nicht Hand an ihn zu legen [p]). Obwohl man den Grund von dieſem Friedausrufen verſchiedentlich anzugeben pfleget, ſo hat daſſelbe gleichwohl ohnſtreitig von den Gewohnheiten der Deutſchen ſeinen Urſprung, als welche nach der Einführung der Römiſchen Rechte die vormaligen Begriffe von der honeſtate executionis verlohren, vielmehr diejenigen haßten, die ſich zu Scharfrichtern gebrauchen ließen und daher bey allen Gelegenheiten ihrer Rachbegierde freyen Lauf ließen, wenn die Umſtände ſolche einigermaßen begünſtigten [q]). Das feyerliche Friedausrufen zur Sicherheit des Scharfrichters pfleget heutiges Tages, in Ermangelung beſonderer Landesgeſetze, nur ſodann zu geſchehen, wenn der Nachrichter mit Grunde Gefahr und Nachtheil bey etwa mißlungener Execution zu beſorgen haben ſollte. Denn, wie man auſſer dieſem Fall jenes Friedausrufen zu unterlaſſen pfleget, ſo wird auch gewöhnlich bey anſcheinender Gefahr für den Scharfrichter das Verbot, letzterem bey etwa mislungener Execution Leid zuzufügen, durch Androhung einer Leibesſtrafe geſchärfet [r]).

Wann

p) Art. 97. P. G. O.

q) KRESS und *de* BOEHMER *ad art.* 97. *CC.*

r) Grundſätze des deutſchen peinlichen Rechts §. 795.

Wann der Kaiſer Karl der Fünfte beſielet, daß denjenigen, die wiſſentlich einen falſchen Eyd geſchworen haben, die zwo Finger, womit ſie geſchworen haben, abgehauen werden ſollen [s]), ſo beſtätiget er dadurch, nach ſeiner eigenen Erklärung [t]), eine alte Gewohnheit in Deutſchland [u]). Obgleich angeſehene Rechtslehrer das Abhauen der beyden Finger wegen eines geleiſteten Meyneydes für eine ſehr angemeſſene Strafe halten [x]), ſo iſt gleichwohl dieſelbe nach dem Zeugniß vieler neueren Rechtslehrer gänzlich auſſer Gebrauch [y]). Denn, unter denjenigen Einſchränkungen, unter welchen ein Meyneydiger mit der Abhauung der Finger Inhalts der peinlichen Gerichts-Ordnung beſtrafet werden kann, pfleget derſelbe heutiges Tages mit der Verurtheilung zu öffentlichen Arbeiten auf ein, oder mehrere Jahre beſtrafet zu werden [z]). Würde jemand die von ihm beſchworne Urphede brechen, ſo hat heutiges Tages die in der

G 2 pein-

s) Art. 107. 108. P. G. O.

t) Art. 107. P. G. O. in den Worten: Und nachdem im heiligen Reich ein gemeiner Gebrauch iſt, ſolchen falſch Schwehren die zwee Finger damit ſie geſchwohren haben, abzuhauen, dieſelbe gemeine gewöhnliche Leibesſtrafe wollen wir auch nicht ändern.

u) *de* BOEHMER *ad art.* 107. *CC.* §. 4.

x) LEYSER *Spec.* 567. *n.* 20. 21.

y) KRESS *ad art.* 107. *CC.* HOMMEL *Obſ.* 82.

z) Struben in dem 4ten Theil der rechtlichen Bedenken *n.* 78.

peinlichen Gerichts-Ordnung gleichwohl vorgeſchriebene Abhauung der Hand, oder der Finger nicht ferner ſtatt, indem der Gerichtsbrauch, was die Beſtrafung einer gebrochenen Urphede anlanget, theils die Vorſchriften des Römiſchen Rechts [a]) annimmt, theils aber davon abgehet und gewöhnlich diejenigen, welche freventlich die Urphede gebrochen haben, mit dem Zuchthaus, oder dem Feſtungsbau beſtrafet [b]). In dem Fall, da ein in bürgerlichen Sachen zum erſten mal geleiſteter Meyneyd niemand nachtheilig geweſen, wird derſelbe gewöhnlich nur mit einem Gefängniß von vierzehn Tagen beſtrafet [c]). Diejenigen gelinderen Grundſätze, nach welchen man heutiges Tages in der Beſtrafung des Meyneydes zu verfahren pfleget, mögen zum theil in der Vorſtellung, daß die Rache des Meyneydes dem Allwiſſenden zu überlaſſen, in eigentlicher Bedeutung aber jener nicht als ein Verbrechen anzuſehen ſey, ihren vorzüglichſten Grund haben [d]). Denn wenigſtens ſind

a) *L. 4. D. de poen.*

b) HARPRECHT *Dec.* 14. *n.* 65. *Dec.* 42. und 43. *Select. Iurid. Roſtoch. faſcic.* 1. *Spec.* 14. *q.* 1.

c) HOMMEL *c. l.*

d) *L. 2. C. de Reb. Cred. L. 5. §. 2. de iniur. L. 31. D.* und *L. 2. C. de Iureiur. L. 19. de in Ius voc. L. 56. de Re Iudicat.* TACITVS *Lib.* 1. *annal. c.* 73. Daß gleichwohl die Römer den Meyneyd für ein ſchweres Verbrechen gehalten haben, iſt nach vielen andern Römiſchen Geſetzen nicht im mindſten zu bezweifeln, ſ. meine Grundſätze de. deutſchen

ſind darin faſt alle Rechtslehrer einig, daß bey erfolgender Schadensersetzung, bey dem fehlenden Zuſammenfluß anderer Verbrechen und bey dem Mangel beſonders beſchwerender Umſtände, des bloßen Meyneydes halben nur auf Gefängniß, oder Geldbuße erkannt werden könne [e]), und daraus ergiebet ſich von ſelbſt die Folge, daß bey der Beſtimmung der Strafe des Meyneydes nach den Grundſätzen der mehreſten Rechtslehrer nicht ſowohl auf die mit dem Meyneyd verbundene Art von Gotteslaͤſterung, als vielmehr auf die dabey ſich findende Verfälſchung und Betrügerey, geſehen werden müſſe [f]).

Weil die Gränzmähler bey den alten Deutſchen beſonders für heilig, und die Verletzung derſelben für eine ſo ſchwere Miſſethat gehalten wurde [g]), daß deshalb ſogar in den Centgerichten eine der grauſamſten Lebensſtrafen ſtatt fand [h]),

 ſo

deutſchen peinlichen Rechts §. 131. 132. und die dorten angeführten Geſetze aus dem Römiſchen Recht.

e) CLASEN und KRESS *ad art.* 107. *CC.*

f) KRESS und BOEHMER *ad art.* 107. *CC.* LYNCK *Dec.* 179. HOMMEL *c. l.*

g) HEINECC. *in Element. Iur. German. Lib.* 2. *Tit.* 29. §. 336.

h) KNICHEN *de Sublim. et reg. territor. Iure c.* 4. *n.* 284. „wo einer wiſſentlich Markſtein ausgräbet, „den ſoll man in die Erden graben bis an Hals, „und ſoll dann nehmen vier Pferde, die des Ackers „nicht gewohnet ſeyn, und einen Pflug, der neu „iſt

ſo iſt um deswillen des Verbrechens der fälſchlichen Gränzverrückung vermuthlich in der peinlichen Gerichts-Ordnung [i]) zwar beſonders und namentlich gedacht, inzwiſchen die Strafe derſelben aus der Urſache vielleicht nicht deutlich und beſtimmt genug ausgedruckt worden, weil die Geſetze der Deutſchen ſolche zwar insgeſamt für eine ſchwere Miſſethat halten, inzwiſchen in Abſicht der Art von Strafe nicht übereinſtimmen [k]).

Da die Nothzucht ſo wenig nach den Geſetzen der Römer, als der älteren deutſchen Völker, mit dem Tode beſtrafet wurde [l]), ſo iſt es wahrſcheinlich, daß die in der peinlichen Gerichts-Ordnung der Nothzucht halben gleichwohl beſtimmte Todesſtrafe [m]) in den deutſchen Geſetzen des mittleren Zeitalters ihren Grund habe, weil nach denſelben nicht allein der Nothzüchtiger mit dem Tode beſtrafet, ſondern auch die Thiere, die bey der Nothzucht gegenwärtig geweſen waren, getödtet und ſogar die Wohnung des Verbrechers zerſtöhret

„iſt, und ſollen die Pferde nicht mehr gezogen, und „der Enck nicht mehr geahren, noch der Pflughalter „nicht mehr den Pflug gehalten haben, und ihme „nach dem Halſe ähren, bis ſo lange er ihm den „Hals abgeahren hat.“ LEYSER *Spec.* 558. *n.* I.

i) Art. 114. P. G. O.

k) *de* BOEHMER *ad art.* 214. *CC.* §. 3.

l) *L.* 3. §. 4. *ad L. Iul. de vi publ. L.* 29. §. 5. *ad L. Iul. de adulter. L.* 38. §. 3. *de poen.* HEINECC. *in Element. Iur. German. L.* 2. §. 224.

m) Art. 119. P. G. O.

ret wurde [n]). Heutiges Tages pfleget die in der peinlichen Gerichts-Ordnung der vollbrachten Nothzucht halben beſtimmte Todesſtrafe nur ſodann ſtatt zu finden, wenn beſonders beſchwerende Umſtände vorhanden ſind, die Genothzüchtigte auch ſo wenig zur Vollziehung der Ehe, als zur Einlegung einer Vorbitte zu bewegen ſtehet und an andern genugſamen Gründen zur Milderung der Strafe es gänzlich ermangelt [o]). Denn, auf dem Fall, da die genothzüchtigte Perſon erböthig iſt, den Nothzüchtiger zu ehelichen [p]), oder auch nur Vorbitte für ihn einleget, pfleget die vollbrachte Nothzucht nur nach richterlichem Ermeſſen mit der Landesverweiſung, Gefängniß, oder Geldbuße beſtrafet zu werden [q]).

In Gemäßheit der alten deutſchen Gewohnheiten, nach welchen Unredlichkeit und Untreue am allermeiſten verabſcheuet wurde, beſtimmet der Kaiſer Karl der Fünfte den Verräthern männlichen Geſchlechts die Viertheilung und den Verrätherinnen die Strafe des Ertränkens und beſiehlet überdieß, daß beyde Strafen bewandten Umſtänden nach durch ein Zangenreiſſen, oder Schlei-

 ſen

n) Sachſen-Spiegel *c.* 115. *n.* 10. Schwaben-Spiegel *c.* 350. 351. SCHOTTEL *de Singular in German. iurib. c.* 114.

o) Struben in dem dritten Theil der rechtlichen Bedenken *n.* 24.

p) *Arg. c.* 7. X. *de rapt. Virg.*

q) LUDOVICI *de interceſſ. innocent.* §. 35. WERNHER *P.* 10. *Obſ.* 459.

ſen zur Gerichtsſtätte geſchärfet werden ſollen [r]). Es pfleget inzwiſchen nach dem Gerichtsgebrauch die Vorſchrift des Kaiſers Karl des Fünften nicht auf eine jede Verrätherey ausgedehnet, vielmehr lediglich nur auf den eigentlichen Hochverrath eingeſchränket zu werden. Denn, in ſoferne von andern Arten der Verrätherey die Rede iſt, pfleget auf dem Fall, daß dadurch eine Miſſethat würklich zu Stande gekommen, die Beſtrafung der letzteren die erſtere in ſich zu begreifen [s]). Im Fall durch die geſchehene Verrätherey kein eigentliches namentliches Verbrechen zu Stande gebracht worden, ſind gewöhnlich diejenigen Grundſätze, die von den Landzwingern, oder von verſuchten Verbrechen überhaupt gelten, in Anwendung zu bringen [t]).

Wenn gleich die peinliche Gerichts-Ordnung nicht ausdrücklich die vermöge der alten deutſchen Gewohnheiten nach dem Gerichtsgebrauch angenommene Diſtinction unter **Mordbrand** und **Brand** beſtätiget, vielmehr nach jener alle und jede boshafte Brenner mit dem Feuer beſtrafet werden ſollen [u]), ſo wollen dennoch verſchiedene Rechtslehrer, daß der Kaiſer durch den gebrauchten Ausdruck der **boshaftigen überwundenen Brenner** den bemeldeten Unterſchied, den die deut-

r) Art. 124. P. G. O.

s) *de* BOEHMER *ad art.* 124. *CC.* §. 2.

t) Art. 129. und 178. P. G. O. Meine Grundſätze des peinlichen Rechts §. 177. 179.

u) Art. 125. P. G. O.

deutſchen Rechte annehmen, gleichſam ſtillſchweigend beſtätiget habe, weil jener nur ſolche Miſſethaten nach dem Redegebrauch der peinlichen Gerichts-Ordnung zu begreiſen pfleget, bey deren Vollbringung ſich die Thäter ausnehmend boshaft und unmenſchlich bewieſen haben [x]). Hiezu kommt, daß in denjenigen Artickeln, die dem, der von der Strafe der Brenner handelt, vorſtehen und nachfolgen, von lauter ſolchen Miſſethaten gehandelt wird, die wegen der dadurch ausgeübten Feindſeligkeit gegen ganze Länder und Ortſchaften mit den eigentlichen Mordbrennern in eine Claſſe zu ſetzen ſind [y]).

Weil nach dem Römiſchen Recht nur diejenigen für eigentliche Räuber angeſehen zu werden pflegten, die bewafnet auf öffentlicher Landſtraſſe Räubereyen trieben, und ſolche gleichſam als eine Art des Gewerbes ausübten [z]), ſo iſt allem Anſehen nach keinem gegründeten Zweifel unterworfen, daß Kaiſer Karl der Fünfte, indem er einen jeden boshaften Räuber mit dem Schwerdt, oder nach Gewohnheit eines jeden Orts anderweit, am Leben beſtrafet wiſſen will [a]), in Abſicht des eigentlichen Begrifs des

 Raubes

x) Art. 124. 127. 130. 131. 137. P. G. O.

y) Meiſter in dem erſten Theil der rechtl. Erkenntniſſe in peinl. Fällen *Dec.* 31.

z) *L.* 28. §. 10. *de poen. L.* 2. *C. ad L. Cornel. de Sicar. L.* 7. *D. de incend. ruin. naufrag.*

a) Art. 126. P. G. P. „Item ein jeder boßhaf„tiger überwundner Räuber, ſoll nach vermög „unſer

Raubes auf die Grundſätze des deutſchen Rechts, und in Abſicht der Strafe des Raubes auf das Römiſche, oder auf das ſogenannte Kaiſerliche Recht ſein Augenmerk gerichtet habe [b]).

Da der Aufruhr nicht allein bey den Römern [c]), ſondern auch bey den Deutſchen [d]), eine der ſchwerſten Miſſethaten war, weshalb Leib- und Lebensſtrafen ſtatt haben konnten, ſo ſcheinet es keinen Zweifel zu haben, daß der Kaiſer Karl der Fünfte bey der den Aufrührern in dem Art. 127. P. G. O. beſtimmten harten Strafe ſowohl auf die Grundſätze der Römiſchen, als der Deutſchen Rechte, geſehen habe.

Weil

„unſer Vorfarn und unſerer gemeyner Keyſerlichen „Rechte mit dem Schwert, oder wie an jedem Ort „in diſen Fällen mit gutter gewonheyt herkommen „iſt, doch am Leben geſtrafft werden.“

b) *de* BOEHMER *ad* CARPZOV *q.* 90. *Obſ.* 2. und *in Meditatt. ad CC.* Art. 126. §. 8. Carrach in den rechtlichen Urtheilen und Gutachten in peinl. Fällen *n.* 17. 19. Meiſter in dem erſten Theil der rechtl. Erkenntniſſe in peinl. Fällen *Dec.* 5. *n.* 15. Dieſe Meynung vertheidiget mit richtiger Erklärung des *L.* 28. §. 10. *de poen.* Schmidt in den öffentlichen Rechtsſprüchen im fünften Abſchnitt *n.* 118. *p.* 781. und 782. Die gegenſeitige Meynung vertheidigen HARPRECHT *Reſp.* 9. *n.* 60. *R.* 10. *n.* 32. 87. LEYSER *Spec.* 539. *n.* 5-8. Struben in dem erſten Theil der rechtl. Bedenken *n.* 158.

c) *L.* 38. §. 2. *D. poen. L.* 1. *C. de ſedit.*

d) HELLFELD *Repertor. Iur. priuat. p.* 532.

Weil es nach den Gewohnheiten der Deutſchen und vor Verkündigung des Landfriedens nicht für unerlaubt gehalten wurde, ſich wegen erlittener Beleidigung ſelbſt unmittelbar Recht zu verſchaffen, in ſoferne anders die Fehde an und für ſich ehrlich und rechtmäßig war [e]), ſo ſind daraus ohne Schwierigkeit diejenigen Einſchränkungen, unter welchen Kaiſer Karl der Fünfte die Privatbefehdungen annoch erlaubet [f]), man mag übrigens den Grund derſelben ſetzen, worin man will [g]), zu erkären. Es iſt inzwiſchen heutiges Tages auf diejenigen Einſchränkungen, unter welchen nach der peinlichen Gerichts-Ordnung die Privatbefehdungen für erlaubt angeſehen werden ſollen, um ſo weniger Betracht zu nehmen, als in verſchiedenen Reichsabſchieden [h]), die nach der Verfertigung der peinlichen Gerichts-Ordnung erſchienen ſind, alle Privatbefehdungen, oder alle Selbſtrache in Deutſchland ſchlechterdings verbothen, und dadurch dem ehemaligen ſogenannten Fauſt- und Kolbenrecht ein völliges Ende gemacht worden.

Die Gewohnheit der Deutſchen, mit eigentlichen **Mördern**, wozu auch ohnſtreitig diejenigen gehören, die andern hinterliſtiger Weiſe das Leben

e) TACITVS *de morib. German.* c. 12. 21. SCHOTTEL *de Singular. antiquis German. iurib.* c. 10. §. 2.

f) **Art.** 129. **P. G. O.**

g) LEYSER *Spec.* 553. *n.* 6.

h) **Von den Jahren** 1548. 1555. und 1594.

Leben rauben, weit ſchärfer, als mit bloßen Todtſchlägern, zu verfahren [i]), hat muthmaßlich eine beſondere Veranlaſſung gegeben, daß Kaiſer Karl der Fünfte den Giftmiſchern die Strafe des Rades und den Giftmiſcherinnen die Strafe des Ertränkens beſtimmet, auch ſogar auf dieſe Strafen erkannt wiſſen will, wenn jemand den andern durch Gift vorſätzlicher Weiſe nur am Leibe beſchädiget haben ſollte [k]). Der Gerichtsgebrauch gehet inzwiſchen in ſoferne von dem Buchſtaben der peinlichen Gerichts-Ordnung ab, daß nur ſodann, wenn jemand durch Gift, oder eine andere dem menſchlichen Körper ſchädliche Materie, ſeines Lebens würklich beraubet worden, auf die geſetzliche Strafe [l]), auſſer dieſem Fall aber, und wenn der Vergiftete zwar nicht das Leben verlohren, inzwiſchen an ſeiner Geſundheit unerſetzlichen Schaden genommen haben ſollte, zum höchſten nur auf das Schwerdt, bey geringern Graden des Conatus aber verhältnißmäßig nach richterlichem Ermeſſen, erkannt zu werden pfleget [m]).

Es hat zwar ſeine Richtigkeit, daß die von Kaiſer Karl dem Fünften des verübten vorſätzlichen und zu mehreren malen begangenen Kindermords

i) *de* BOEHMER *in Element. Iur. Crimin.* §. 234.

k) Art. 130. P. G. O.

l) KRESS und *de* BOEHMER *ad art.* 130. *CC.* SCHLITTER *Ex.* 49. *Th.* 125.

m) Meine Grundſätze des deutſchen peinlichen Rechts. Dritte Ausgabe §. 264.

mords halben beſtimmte Strafe des lebendigen Begrabens auch den Römern nicht unbekannt geweſen ſey [n]). Allein das Pfählen, welches Inhalts der peinlichen Gerichts-Ordnung [o]) mit dem Begraben verbunden ſeyn ſoll, iſt beſonders aus den deutſchen Gewohnheiten des mittleren Zeitalters herzuleiten [p]), obwohl auch in Deutſchland das lebendige Begraben nicht allemal mit dem Pfählen verbunden geweſen iſt. So wie nun das lebendige Begraben heutiges Tages in Deutſchland völlig auſſer Anwendung iſt, ſo erhält ſich auch der Gebrauch des lebendigen Pfählens wegen gewiſſer ſchweren Miſſethaten nur noch an einigen Oertern in Deutſchland [q]). Inzwiſchen findet ſich annoch ein Beyſpiel vom Jahr 1580, da in den Mecklenburgſchen Landen auf das lebendige Begraben würklich erkannt worden [r]). Die den Weibsperſonen, ſowohl des Kindermordes, als anderer ſchweren Miſſethaten halben, die am Leben zu beſtrafen ſind, der Regel nach beſtimmte Strafe des lebendigen Ertränkens oder des Waſſers [s]) unterſcheidet ſich gar ſehr von der bey den Römern üblichen Poena cullei [t]), indem die erſtere ohne die

n) IOACHIMI *de viu. ſepultur. Lipſ.* 1732.
o) Art. 131. P. G. O.
p) DREYER *de poen. defoſſ. et pali.*
q) KRESS *ad art.* 131. *CC.*
r) *Select. Iurid. Roſtoch. faſcic.* 1. *Spec.* 5. *q.* 3.
s) Art. 130. 131. 159. 192. P. G. O.
t) §. 6. *Inſt. de publ. Iudic. L.* 9. *ad L. Pompei. de Parricid. L. vn. C. de his qui parent. vel lib. occid.*

die grauſamen Martern, die mit der letzteren verbunden waren, jederzeit in Deutſchland zur Ausführung gebracht worden [u]). Es iſt demnach die Meynung derjenigen Rechtslehrer, die dafür halten, daß in denjenigen Artickeln, woſelbſt die Strafe des Ertränkens vorgeſchrieben worden, die Poena cullei des Römiſchen Rechts verſtanden werden müſſe [x]), in keine Wege gegründet. In Mecklenburg, Pommern und den benachbarten Ländern pfleget in denjenigen Fällen, da die Strafe des lebendigen Pfählens und Begrabens, oder des Ertränkens, vorgeſchrieben worden, gewöhnlich nur auf die Strafe des Schwerdts, die bewandten Umſtänden nach annoch geſchärfet werden kann, erkannt zu werden [y]).

Wenn gleich berühmte Rechtslehrer [z]) dasjenige, was Kaiſer Karl der Fünfte wegen der vorſätzlicher Weiſe geſchehenen Abtreibung der Leibesfrucht vorſchreibet [a]), verſchiedenen alten deut-ſchen

u) LUDOVICI *ad art.* 131. *CC. de* BOEHMER *ad eund. art.* §. 16. 18.

x) GRASS *in Coll. Iur. Rom. cum Receſſ. Imper. Sect.* 16. §. 3. *p.* 850.

y) MANTZEL *in Iur. Criminal. Mecklenb. p.* 47. §. 19. Die Strafe des Schwerdts wird auch in dem Entwurf zum Preuß. Geſetzbuch Th. 1. Abth. 3. Tit. 8. Abſchn. 10. §. 720. nur als die Hauptſtrafe eines vorſetzlichen Kindermords gebilliget. §. 19. *Ei. Ius Meklenb. et Lubec. illuſtrat. Cent.* 4. *Iud.* 68.

z) *de* BOEHMER *ad art.* 133. *CC.* §. 6.

a) Art. 133. P. G. O.

ſchen Geſetzen gemäß zu finden meynen, ſo ſcheinet es gleichwohl, daß der wahre Grund davon in der Vorſchrift des neueren Römiſchen Rechts, nach welchem ein jeder vorſätzlicher Kindermord am Leben und mit der Poena cullei zu beſtrafen [b]), geſetzet werden müſſe. Der Gerichtsgebrauch ſtimmet eigentlich mit der in der peinlichen Gerichts-Ordnung vorgeſchriebenen Todesſtrafe wegen einer vorſätzlich geſchehenen Abtreibung der Leibesfrucht nur in ſoferne überein, als das eigentliche Corpus delicti, nämlich das Leben des Kindes, und der durch gebrauchte abtreibende Mittel lediglich und allein beförderte Tod deſſelben völlig auſſer Streit geſetzet ſeyn ſollte. In einem ſolchen Fall pfleget ohne Unterſcheid der Perſon, auf das Schwerdt, bey etwanigen Zweifeln aber wegen des Corporis delicti nur auf eine auſſerordentliche Strafe, erkannt zu werden [c]).

Obwohl auch die Römer die Sicarios von den bloßen Todtſchlägern zu unterſcheiden pflegten und mit jenen weit ſtrenger, als mit dieſen verfuhren [d]), ſo iſt es gleichwohl nicht zu bezweifeln, daß der in der peinlichen Gerichts-Ordnung [e]) unter **Mörder** und **Todtſchläger** gemachte Unterſchied

b) *L. un. C. de his qui parent. vel lib. occid.*

c) HARPRECHT *Dec.* 135. *n.* 12. *ſeqq.* **Meine** Grundſätze des deutſchen peinl. Rechts in der neueſten Ausgabe §. 284.

d) *Tit. Digeſt. ad L. Cornel. de Sicar. L.* 28. §. *penult. de poen.*

e) Art. 137. P. G. O.

terſchied lediglich deutſchen Urſprunges ſey. Denn man pflegte in dem mittleren Zeitalter beſonders diejenigen Mörder zu nennen, die vorſätzlicher Weiſe, entweder um Gewinnes willen, oder mit beſonderer Hinterliſt einen Todtſchlag verübet hatten [f]). Man nannte hingegen die geſchehene Entleibung einen Todtſchlag, wann ſolche ſo wenig auf gewinnſüchtige Abſichten beruhete, als mit Hinterliſt verbunden war [g]). Ein Mörder mußte bey den alten Deutſchen eine gröſſere Geldbuße bezahlen und ward überdieß als ein Geächteter angeſehen [h]). In den folgenden Zeiten und beſonders nach dem Sachſen- und Schwabenrecht beſtrafte man die eigentlichen Mörder mit dem Rade [i]), oder ſchlug ſie mit eiſernen Flegeln zu tode, die bloßen Todtſchläger aber wurden gewöhnlich

f) Die Gloſſe zu den Sächſ. Landrecht B. 2. Tit. 13. Die Leute um Geld und mit wohlbedachten Muth ermorden, ſind rechte Mörder. So heiſſet es unter andern auch in einem gewiſſen alten Statut nach dem Zeugniß des Pufendorfs *T.* 2. *p.* 181. „unde es duſſe vor enen „muthwilligen totſchläger tho achten vnd the „holden, de einen vor Wege legt, up enen luret, „oder wardet, ock derjenige, de ſiene Gewehr „erſtlich gewünnet und damede den andern „auerlopt unde de Gegenwehr verohrſacket.“

g) HELLFELD *ad* ENGAVII *Element. Iur. Crimin.* §. 357.

h) KRESS *ad art.* 137. *CC.* §. 1. *n.* 3.

i) Der Sachſen Spiegel B. 2. Art. 13. Alle Mörder ſoll man Rade brechen.

wöhnlich nur enthauptet. So lange jedoch die Befehdungen in Deutſchland noch erlaubt waren, pflegte man die Mörder und Todtſchläger nur ſodann angeführtermaßen zu beſtrafen, wann ſie ſich zugleich in einer ganz unrechtmäßigen Fehde befanden [k]). Nach dem heutigen Gerichtsgebrauch hat es bey der ausdrücklichen Vorſchrift **Kaiſer Karl des Fünften**, und bey der in der peinlichen Gerichts-Ordnung geſchehenen Beſtätigung der Eintheilung unter **Mörder und Todtſchläger** lediglich das Bewenden, und man pfleget Inhalts derſelben die Mörder nur mit dem Rade, die eigentlichen Todtſchläger aber mit dem Schwerdt zu beſtrafen [l]). Es ſind zwar verſchiedene angeſehene Rechtslehrer, die behaupten, der Kaiſer Karl der Fünfte habe durch den Ausdruck **ein jeder vorſätzlicher muthwilliger Mörder** zu erkennen geben wollen, daß alle diejenigen, die ein homicidium deliberatum, oder einen Todtſchlag ex intentione directa begehen, mit dem Rade beſtrafet werden ſollen [m]). Allein, ſo wenig

k) *Arg.* Art. 129. P. G. O. *de* BOEHMER *ad art.* 137. CC. §. 10.

l) CARPZOV *q.* 7. *n.* 4. CLASEN, BEYER, KRESS, LUDOVICI *ad art.* 137. *CC.* Schmidts öffentliche Rechtsſprüche, im fünften Abſchnitt *n.* 110. und 111.

m) LEYSER *Spec.* 605. *n.* 1. HEIMBURG *Progr. de taedio vitae poen. homicid. non mitigante.* KOCH §. 456. Der angeführte Entwurf zum Preußiſchen Geſetzbuch a. O. §. 686. erfordert auch

nig dieſe Meynung durch den Gerichtsgebrauch beſtätiget wird, eben ſo wenig iſt ſie, ſo viel ich ſehe, der wahren Abſicht des Geſetzgebers gemäß [n]).

Wenn der Kaiſer Karl der Fünfte die Nothwehr zur Vertheidigung der Ehre und des guten Leumuths erlaubet [o]), ſo zielet er damit nach den Meynungen verſchiedener Rechtslehrer auf die Gewohnheiten der alten Deutſchen, nach welchen das Fliehen auf vorgängige Beleidigung, in ſoferne die Fehde auf Seiten des Angefallenen anders an ſich rechtmäßig war, für unrühmlich angeſehen wurde [p]). Man pfleget inzwiſchen heutiges Tages die Nothwehr zur Vertheidigung der Ehre nur unverleumdeten Frauensperſonen bey einem gewaltſamen Anfall auf ihre Keuſchheit [q]), imgleichen

auch zur Strafe des Rades, die nur den Mördern beſtimmet wird, weiter nichts, als die Tödtung eines Menſchen, die mit vorhergefaßtem Vorſatz geſchiehet.

n) *de* BOEHMER *c. l.* §. 11. welcher am Ende dieſes Paragraphs merklich ſchreibet: Vix enim eſt, vt credam, legislatorem notionem *mordri* ignoraſſe, et hoc vocabulum de quouis deliberato promiſcue accepiſſe.

o) Art. 140. und 150. P. G. O.

p) Bey den alten Deutſchen galt die bekannte Paroemie: auf eine Maulſchelle gehöret ein Dolch; und man hielte es daher für unrühmlich, für einem Feind, der einen zuerſt angefallen hatte, zu fliehen.

q) THOMAS. *an contra ſtuprator. violent. locum habeat mod. inculpat. tutel. Lipſ.* 1737. SIBRAND *an ſtupratorem violentum occidere liceat.*

gleichen Officieren und andern Perſonen von hohem Stande und Geburt ſodann zu erlauben, wenn ſie unvermuthet und ohne eigene Veranlaſſung, wo nicht auf gefährliche Art und Weiſe, doch wenigſtens unter thätlichen Verunglimpfungen, angefallen ſeyn ſollten [r]).

Nach Vorſchrift der peinlichen Gerichts-Ordnung ſoll auch ein ſolcher Miſſethäter, der in die Mordacht gefallen, mit ſeiner Vertheidigung gehöret werden [s]). So wenig nun zwar letzteres, zumal, wenn ein Miſſethäter in die Oberacht verfallen war, den deutſchen Sitten gemäß iſt, ſo iſt gleichwohl der vordem an vielen Oertern Deutſchlandes üblich geweſene Gebrauch [t]), ſolche Verbrecher, die durch die ergriffene Flucht die Vollziehung der Strafe verhindert hatten, zumal, wenn ſie auf handhafter That betreten worden waren, in die Acht und dadurch zugleich für recht- und friedlos zu erklären [u]), nicht verworfen, viel-

r) Meine Grundſätze des deutſchen peinlichen Rechts §. 242.

s) Art. 155. P. G. O.

t) Auch in Mecklenburg fand wider entflohene Miſſethäter der Bannproceß ſtatt. ſ. *Select. Iurid. Roſtoch. faſc.* 2. *Spec.* I. MANTZEL *in Iur. Crimin. Mekl.* §. 43.

u) Von den verſchiedenen Arten der Acht und des Banns, imgleichen wie dabey verfahren wurde, ſ. HELLFELD *in Repertor. Iur. priuat. ſub voce* Acht und Bann. Die Kammer-Gerichts-Ordnung Th. 3. Tit. 43. Tit. 46. §. 2. Tit. 48. §. 5. Carpzovs peinl. Inquiſitions- und Achtsproceß.

mehr ſtillſchweigend beſtätiget worden. Die Bamvergſche Halsgerichts-Ordnung, die in verſchiedenen Artickeln x) von demjenigen insbeſondere handelt, was bey dem Erklären in die Acht zu beobachten, will, daß ſolche mit folgenden Ausdrücken geſchehen ſolle y). „Als du mit Urtheyln und Recht „zu der Mordtacht erteylt worden biſt, alſo nym „ich deyn Leyb und Gut aus dem Fride, und thu „ſie in den Unfrid, und künde dich verloß und „Rechtloß, und künde dich den Vögeln frey in „den Lüfften, und den Thieren in dem Wald, und „den Fiſchen in dem Waſſer, und ſolt auf keiner „Straſſen, noch in keiner Mundtat, die Keyſer, „oder Künig gefreyet haben, nyndert Friden noch „geleyt haben, und künde alle die Lehen, die du „haſt, irn Herrn ledig und loß, und von allem „Rechten in alles Unrecht, und iſt auch allergemeinlich erlaubt, über dich, daß nymand an dir „freueln kan, noch ſolle, der dich angreiffet.“ Heutiges Tages hat ſelbſt in den ſchwerſten Miſſethaten nicht ferner der Bann- oder Achtproceß ſtatt, ſondern man pfleget in dem Fall, da alle Mittel, um des Verbrechers habhaft zu werden, fruchtlos geblieben ſeyn ſollten, die Unterſuchungs-Acten, in ſoferne nicht bewandten Umſtänden nach die Vollſtreckung der Strafe in Bildniß ſtatt finden mögte, ſorgfältig aufzubewahren und demnächſt, wenn der Miſſethäter über kurz oder lang betreten werden ſollte, ſo wenig in Abſicht der Ver-

fahrungs-

x) Art. 228-265.
y) Art. 241.

rungs-Art, als in Abſicht des Beweiſes und der Vertheidigung, einige Abweichung von der Regel anzunehmen [z]).

Weil die Deutſchen bey der Beſtrafung der Diebſtähle am meiſten auf den Werth derſelben zu ſehen gewohnt waren [a]), ſo hat dieſe Gewohnheit wohl zu den in verſchiedenen Artikeln der peinlichen Gerichts-Ordnung [b]) gemachten Vorſchriften, auf die Größe des Werths eines Diebſtahls bey der Beſtrafung deſſelben zu ſehen, eine beſondere Veranlaſſung gegeben. Wenn inzwiſchen gegentheils nicht alle deutſche Völker den Unterſchied unter gefährliche und nicht gefährliche Diebſtähle annahmen [c]), ſo iſt gleichwohl die auf den gefährlichen und zum dritten mal wiederholten Diebſtahl geſetzte Strafe des Galgens lediglich deutſchen Urſprungs [d]) und ſolchergeſtalt von Kaiſer Karl dem Fünften in Rückſicht auf die alten deutſchen Gewohnheiten beſtätiget worden [e]). An ſtatt des ehemaligen lebendigen Begrabens aber, womit die Diebinnen in Deutſchland beſtrafet

z) Meine Grundſätze des peinl. Rechts. Dritte Ausgabe §. 844.

a) II. *F.* 27. §. 9. ENGAV *Diſſ. de furto magno Ien.* 745.

b) Art. 157. 158. 160.

c) HEINECC. *in Element. Iur. German. T.* 2. *L.* 2. §. 50.

d) TENTZEL *de eo quod iuſtum eſt circa poen. furtor. Erford.* 1729.

e) Art. 159. und 162. P. G. O.

wurden, iſt von dem Kaiſer Karl dem Fünften zwar die Strafe des Ertränkens, die angezogenermaßen ebenfalls deutſchen Urſprunges iſt, geſetzet worden [f]), inzwiſchen pfleget in denjenigen Fällen, da ſonſt eigentlich die Strafe des Ertränkens ſtatt finden müßte, heutiges Tages die Strafe des Schwerdts gewöhnlich erkannt zu werden [g]).

Wenn gleich die Rechtslehrer über den eigentlichen Grund, warum ein Diebſtahl der aus Hungersnoth begangen worden, Entſchuldigung verdiene, in ihren Meynungen nicht mit einander übereinſtimmen [h]), ſo hat es dennoch wohl keinen Zweifel, daß der bey einem Diebſtahl aus Hungersnoth ſich findende Mangel der Moralität dem Kaiſer Karl dem Fünften [i]) in Gemäßheit der bekannten deutſchen Paroemie, **Noth hat kein Geboth**, die Veranlaſſung gegeben habe, den Dieb, der aus wahrer Hungersnoth geſtohlen, von aller Strafe frey zu ſprechen [k]). Obwohl es auch noch heutiges Tages bey der Vorſchrift Kaiſers Karl des Fünften, in Betreff eines aus dringender Noth begangenen Diebſtahls der Regel nach das Bewenden behält, ſo ſetzet gleichwohl nach dem Gerichtsgebrauch ein ſolcher Diebſtahl,

f) *de* BOEHMER *ad art.* 159. *CC.* §. 15.

g) *Ius Meklenb. et Lubec. illuſtrat. Cent.* 4. *Iud.* 68.

h) GROTIVS *in Iure belli et pacis Lib.* 2. §. 5. 6. LEYSER *Spec.* 537. *n.* 2.

i) Art. 166. P. G. O.

k) NETTELBLADT *Diſſ. de neceſſitat. eiusque effectu in iure Hal.* 1752.

ſtahl, wann er Entſchuldigung verdienen ſoll, verſchiedene Eigenſchaften zum Grunde, in deren Ermangelung entweder in der Beſtrafung keine Ausnahme von der Regel anzunehmen, oder wenigſtens die geſetzliche Strafe des Diebſtahls nur zu mildern iſt [l]).

Wenn Kaiſer Karl der Fünfte [m]) einen Diebſtahl, der an eſſenden Früchten ohne gewinnſüchtige Abſichten begangen worden, nach Gelegenheit der Perſon und Sache bürgerlich beſtrafet [n]), auch bey einem ſolchen Diebſtahl auf die Zeit, imgleichen auf die Art und Weiſe geſehen wiſſen will, ſo beſtätiget er ſowohl in dem einen, als in dem andern eine längſt in Deutſchland eingeführte Gewohnheit.

l) Grundſätze des deutſchen peinlichen Rechts. Dritte Ausgabe §. 374-377.

m) Art. 167. P. G. O.

n) Bey den Deutſchen galt nämlich die bekannte Paroemie, Mundraub iſt kein Diebſtahl. Dieſe fand nicht allein in Anſehung der Menſchen, ſondern, bey dem ehemaligen Mangel der Wirthshäuſer, auch in Anſehung der Pferde ſtatt, indem es beſonders einem Reuter vergönnet war, ſein Pferd unter gewiſſen Einſchränkungen auf dem Acker des andern zu weiden, ſ. II. *F.* 27. §. 9. quicunque per terram tranſiens equum ſuum pabulare voluerit, quanto propinquius ſecundum viam ſtans in loco amplecti potuerit ad refectionem et reparationem equi ſui impune ſibi equo porrigat. Licitum etiam ſit ipſi vti herba et viridi ſylua ſine vaſtatione pro ſua commoditate et vſu neceſſario.

wohnheit [o]). Nach dem heutigen Gerichtsgebrauch pfleget man ebenfalls bey dem Mangel beſchwehrender Umſtände den bloßen Mundraub nicht als einen eigentlichen Diebſtahl anzuſehen, ſondern höchſtens nur mit Gefängniß zu beſtrafen [p]).

Die Deutſchen verfuhren mit den Holzdieben auf gleiche Weiſe, als von demjenigen Diebſtahl, der an Früchten begangen war, angemerket worden [q]), inzwiſchen ſoll der Angabe nach mit den Baumſchälern bey einigen Völkern beſonders grauſam verfahren ſeyn, indem man ſolche der Erzählung nach um den Baum geführet hat, bis alle ihre Gedärme darum gewunden geweſen ſind [r]). Kaiſer Karl der Fünfte [s]) will inzwiſchen, daß bey

o) Das Sächſ. Landr. *Lib.* 2. *art.* 28. „wer des „Nachts gehauen Holtz, oder geſchnitten Graß ſtielt, „den ſoll man richten mit der Wyde, ſtielt er es „aber des Tages, es gehet ihm zu Haut und Haar.“ Daß das Richten mit der Wyde in den alten deutſchen Rechten die Strafe des Galgens anzeige, iſt wohl keinem Zweifel unterworfen.

p) *de* BOEHMER *ad art.* 167. *CC.* §. 3. In dem Entwurf zum Preußiſchen Geſetzbuch a. O. §. 903. heißt es: gemeiner Diebſtahl an Eßwaaren, bloß zu eignem Gebrauch des Entwenders ſoll nur polizeymäßig unterſucht und geahndet werden.

q) HEINECC. *in Element. Iur. German. Lib.* 2. *Tit.* 19. §. 50.

r) Stiſſers Forſt- und Jagd-Hiſtorie der Teutſchen, Jen. 1737.

s) Art. 168. P. G. O.

bey dem Holzdiebſtahl dieſelben Umſtände, auf welche ſowohl die Deutſchen, als Römer [t]), ſahen, in Betracht kommen ſollen; allein nach dem heutigen Gerichtsgebrauch pflegen bey dem Holzdiebſtahl in Ermangelung der Landesgeſetze, die gemeinen Grundſätze, die überhaupt von Diebſtählen gelten, ſtatt zu finden, und darnach die Strafe beſtimmet zu werden [u]).

Es iſt nicht unwahrſcheinlich, daß die bey den alten Deutſchen angenommenen Grundſätze, nach welchen beſonders alle und jede Treuloſigkeit verhaßt war, zu derjenigen Vorſchrift der peinlichen Gerichts-Ordnung eine ſtarke Veranlaſſung gegeben haben, nach welcher diejenigen, die mit eines andern Güthern, die ihnen in gutem Glauben zu verwahren gegeben ſind, williger und gefährlicher Weiſe, dem Gläubiger zu Schaden, handeln, den Dieben gleich beſtrafet werden ſollen [x]). Nach dem Gerichtsgebrauch pfleget inzwiſchen in dieſem Fall die Vergleichung mit den Dieben gewöhnlich nur verhältnißmäßig angenommen, und daher nach der Größe des Vorſatzes, des verurſachten Schadens und anderer beſchwehrenden Umſtände, nicht ſowohl auf die Todes- als vielmehr auf eine Leibesſtrafe erkannt, auch ſolche, bewandten Umſtänden nach, gemildert und ſodann nur auf Ge-

 fängniß,

t) *L.* 2. und 7. *de arb. furt. caeſar.*

u) KRESS *ad art.* 168. *CC. de* BOEHMER *ad* CARPZOV. *q.* 83. *Obſ.* 1.

x) Art. 170. P. G. O.

fängniß, Geldbuße, Abſetzung vom Dienſt, und andere gemäßigte Strafen erkannt zu werden [y]).

Wenn gleich nach der bekannten deutſchen Paroemie, der Hehler iſt ſo gut, als der Stehler, diejenigen, die auf irgend einige Art zu der Entſtehung einer Miſſethat etwas beygetragen hatten, den eigentlichen Thätern in der Beſtrafung gleich geachtet wurden [z]), ſo macht dennoch der Kaiſer Karl der Fünfte die gegründete Einſchränkung, daß bey einer den Miſſethätern geleiſteten Hülſe und Förderung allemal auf die Größe und Beſchaffenheit derſelben geſehen, und darnach die Straſe am Leibe oder Leben beſtimmet werden ſoll [a]). Der Gerichtsgebrauch bleibet ebenfalls bey der ausdrücklichen Vorſchrift der Geſetze, und pfleget daher die Theilnehmer und Beförderer der Miſſethaten nur in ſoferne den eigentlichen Thätern und Urhebern in der Beſtraſung gleich zu achten, als ſich entweder die Theilnehmung und Beförderung auf einer vorgängigen Conſpiration gründen, oder auch von einer ſolchen beſonderen Beſchaffenheit ſeyn ſollten, daß ohne dieſelbe die begangene Miſſethat überall nicht hätte zu Stande kommen können, und überdieß das Verbrechen an ſich nicht von der Beſchaffenheit iſt, daß ſolches mehr dem Thäter, als

y) Struben im 2ten Theil der rechtl. Bedenken *n.* 94. Meiſter in den rechtl. Erkenntniſſen in peinl. Fällen *Dec.* 20. *n.* 19. *Dec.* 67. *n.* 20.

z) HEINECCIUS *c. l. lib.* 2. §. 54.

a) Art. 177. P. G. O.

als den bloßen Theilnehmern und Beförderern zuzurechnen iſt [b]).

Die Poena talionis, die Kaiſer Karl der Fünfte dem Hüter des Gefängniſſes, der einen Gefangenen vorſätzlicher Weiſe entkommen läßt, beſtimmet [c]), iſt zwar an ſich den alten deutſchen Geſetzen nicht zuwider [d]), inzwiſchen darin von den letzteren abſtimmend, daß nach der peinlichen Gerichts-Ordnung zu ihrer Anwendung der Vorſatz erfordert wird. Der Gerichtsgebrauch kommt nur in ſoferne mit dem Buchſtaben des Geſetzes überein, daß bey der Beſtimmung der Strafe des Gefangenwärters auf diejenige, die wahrſcheinlich den Entflohenen getroffen hätte, zwar Betracht genommen, inzwiſchen nicht eben dieſelbe ganz genau erkannt zu werden pfleget. Ein Gefangenwärter, der einen Verbrecher vorſätzlicher Weiſe aus ſeinem Gefängniß entkommen läßt, wird heutiges Tages nur ſodann am Leben beſtrafet, wann die ſolchergeſtalt bewirkte Freyheit des Gefangenen dem Staat gefährlich geworden [e]).

Das

b) Grundſätze des deutſchen peinlichen Rechts §. 54-60.

c) Art. 180. P. G. O.

d) Das Schwäb. Landr. Cap. 120. „wer ſich der „gefangenen Leute unterwindet, daß er ihr hüten „ſoll und hüten will, und entrinnen ſie ihm, er ſoll „ſie wieder ſuchen, und fahen, ob er mag, und mag „er ihr nicht wieder antworten, er ſoll allen den „Schaden, und alle die Buß leiden, die jener leiden ſolt, der ihm entrunnen iſt.“

e) KRESS und BOEHMER *ad art.* 180. *CC.*

Das Schleifen zur Gerichtsſtätte iſt eine alte Gewohnheit, ſowohl in, als auſſer Deutſchland [f]), die daher Kaiſer Karl der Fünfte an verſchiedenen Stellen ſeines Geſetzbuches als eine Art der Schärfung der Todesſtrafe beſtätiget [g]). Auſſer den namentlich beſchriebenen und beſtätigten Fällen pfleget heutiges Tages die Todesſtrafe nach dem Ermeſſen vernünftiger Richter durch ein Schleifen zur Gerichtsſtätte geſchärfet zu werden, wenn entweder ein beſonderer Grad der Bosheit, oder die Größe des verurſachten Schadens, oder der Zuſammenfluß mehrerer Verbrechen, oder auch die Wiederholung die begangene Miſſethat beſchweret, und es pfleget zuweilen wohl gar damit das Reiſſen mit glüenden Zangen verbunden zu werden [h]).

Kaiſer Karl der Fünfte beſtätiget ferner ſowohl die Strafe des Abſchneidens der Zunge [i]) und der Ohren,

f) Doepler im Schauplatz der Leib- und Lebensſtrafen Cap. 21.

g) Art. 124. 130. 137. 193. P. G. O.

h) *de* BOEHMER *ad* CARPZOV. *q.* 128. *Obſ.* 8.

i) Dieſe wurde wegen einer begangenen Gotteslästerung in vermeynter Beyſtimmung der Reichsgeſetze zuweilen erkannt. *de* BOEHMER *ad art.* 198. *CC.* Es iſt inzwiſchen die Strafe des Abſchneidens der Zunge, ob ſie gleich in der peinlichen Gerichts-Ordnung Art. 198. beſtätiget worden, heutiges Tages völlig auſſer Gebrauch.

Ohren [k]), als des Ausſtechens der Augen [l]). Allein, dieſe Strafen, die ehemals in Deutſchland und bey andern Völkern zum theil üblich waren, ſind heutiges Tages auſſer aller Anwendung, und pfleget an deren Statt gewöhnlich auf eine andere verhältnißmäßige Strafe erkannt zu werden [m]).

Die Aushauung mit Ruthen war ſowohl bey den Römern, als auch bey den Deutſchen, gewöhnlich. Bey den letzteren wurde diejenige Art beſonders für die ſchändlichſte geachtet, die mit der decaluation, oder Abſcherung der Haare verbunden war [n]). Obwohl die peinliche Gerichts-Ordnung das Aushauen mit Ruthen bey verſchiedenen

k) Art. 123. P. G. O. Das Abſchneiden der Ohren war nach dem Zeugniß des **Doeplers a. O. Cap.** 44. auch eine Strafe der Wilddiebe, ſo wie man ehedem diejenigen, die im Kriege waren gefangen worden, auf eine ſo unmenſchliche Art zu ſchänden pflegte. Heutiges Tages iſt dieſe Strafe völlig auſſer Gebrauch, und pfleget auch wegen böslicher Kuppeley, weshalb ſie nach den Geſetzen eigentlich ſtatt haben ſoll, nicht mehr erkannt zu werden, ſ. **Grundſätze des deutſchen peinlichen Rechts** §. 521.

l) Art 159. P. G. O. Auch dieſe Strafe, die **Kaiſer Karl der Fünfte**, bewandten Umſtänden nach, wegen eines gefährlichen Diebſtahls erkannt wiſſen will, und die bey andern Völkern auch des Ehebruchs, des Straſſenraubes und anderer Verbrechen wegen ſtatt fand, iſt nunmehr völlig auſſer Gebrauch.

m) *Arg. L.* 17. *C. de poen.* KRESS *ad art.* 159. *CC.*

n) *de* BOEHMER *ad art.* 198. *CC.* §. 2.

denen Verbrechen als eine gewöhnliche Leibesſtrafe beſtätiget [o]), ſo pfleget gleichwohl nach dem Gerichtsgebrauch der Staupbeſen nur noch wider Landſtreicher gebrauchet zu werden. An ſtatt des Staupbeſens erwählet man gewöhnlich die Verurtheilung zu öffentlichen Arbeiten [p]), oder verurtheilet doch einen ſolchen, dem man den Staupbeſen zu erkennet, zugleich zu öffentlicher Arbeit auf Lebenszeit [q]), oder auf gewiſſe Jahre [r]).

Um entflohene Verbrecher von ihrer unternommenen Flucht zurück zu bringen, ſollen beſonders nach der peinlichen Gerichts = Ordnung die hinterlaſſenen Güther derſelben in Gegenwart einiger nahen Blutsfreunde aufgezeichnet werden [s]). Obzwar auch bey den alten Deutſchen die Güther derjenigen Verbrecher, die ſich auf der Flucht befanden, in Beſchlag genommen, und, wenn ſie demnächſt in die Oberacht fielen, gar eingezogen wurden, ſo iſt gleichwohl die heutiges Tages annoch gewöhnliche Aufzeichnung der Güther der Verbrecher ſowohl in Abſicht der Art und Weiſe, als des damit intendirten Endzwecks, von jener Beſchlag-

o) Art. 115. 159. 198. P. G. O.

p) WERNHER *P.* 5. *Obſ.* 151. HARPRECHT *Dec.* 1. *n.* 32. BOEHMER *ad* CARPZOV. *q.* 129. *Obſ.* 2.

q) BROCKES *Obſ.* 606. Schmidts öffentliche Rechtsſprüche *n.* 118.

r) Weſtphal im Criminalrecht S. 101. Anmerk. 30. §. 2. und S. 582. MARTINI *de Iud. Caut. in determinand. poen. arbitr.* §. 9.

s) Art. 206. P. G. O.

Beſchlag-Verfügung bey den alten Deutſchen gar ſehr unterſchieden [t]).

Weil nach dem Römiſchen Recht nach Ablauf von dreyßig Jahren [u]), und nach deutſchen Rechten innerhalb Jahresfriſt [x]), geſtohlne Sachen als verjähret angeſehen wurden, Kaiſer Karl der Fünfte aber es in aller Abſicht für unbillig erkannt, daß der Beſtohlne wegen der Länge der immittelſt verfloſſenen Zeit ſeines Eigenthums verluſtig gehen ſollte, ſo verordnet derſelbe ungezweifelt in Rückſicht auf die bemeldeten Vorſchriften insbeſondere: und kann an ſolcher geſtolner, oder geraubter Habe durch eynige Lenge der Zeit keyn gewer erſeſſen werden [y]).

Obgleich des Kaiſers Karl des Fünften Abſicht [z]) mit den erlaubten Feyerlichkeiten bey Errichtung

t) *de* BOEHMER *ad art.* 206. *CC.* WERNHER *P.* 9. *Obſ.* 51.

u) *L.* 7. *C. de vſucap. pro emto. L.* 7. *C. vnde vi. L.* 4. *C. de praeſcr.* 30. *vel* 40. *ann. Nouell.* 119. *c.* 7.

x) Das Sächſ. Landr. *L.* 2. *art.* 31. 37. WERNH. *P.* 8. *Obſ.* 431.

y) Art. 209. Es können zwar ſcheinbare Zweifel darüber gemacht werden, ob in dem angezogenen Artikel auch auf dasjenige, was in den deutſchen Rechten zum beſten des Gerichts verordnet war, Beziehung gemacht werde; inzwiſchen läßt ſich aus der in allgemeinen Ausdrücken abgefaßten Vorſchrift des Art. 209. P. G. O. nicht anders vermuthen, als daß Kaiſer Karl der Fünfte ſowohl die eine als die andere Art der Verjährung, in Abſicht geſtohlner Güther aufgehoben habe. *de* BOEHMER *ad art.* 209. *CC.*

z) Art. 215. P. G. O.

richtung und Ausbeſſerung eines neuen Ga'gens vorzüglich wohl dahin gegangen iſt, um die Arbeiter dadurch von allem etwa zu beſorgenden ſchimpflichen Vorwurf ihrer Amtsgenoſſen zu befreyen, ſo hat es gleichwohl keinen Zweifel, daß der Kaiſer darin wohl ebenfalls die alten Gewohnheiten der Deutſchen, nach welchen ſowohl die Hegung der Blutgerichte, als die Errichtung der Malplätze, mit vielen Feyerlichkeiten verbunden waren, vor Augen gehabt habe. Der Gerichtsgebrauch bleibet nicht allein bey denjenigen, was der Kaiſer hierin vorgeſchrieben hat, ſondern pfleget auch ſodann, wenn von der Errichtung und Ausbeſſerung der Pranger, der Brand- und Radpfähle und anderen öffentlichen Gerichtsplätzen die Rede iſt, ein gleiches zu beobachten [a]).

Die Ueberſchrift des Art. 218. P. G. O. giebet ſchon zu erkennen, daß der Kaiſer in demſelben auf verſchiedene in Deutſchland eingeſchlichene Misbräuche ſein Augenmerk richte. Nach meiner jetzigen Abſicht genüget mir, ſolches nur zu bemerken, da aus allen demjenigen, was bishero mit mehrerem ausgeführet worden, die Wahrheit des Satzes, daß die peinliche Gerichts-Ordnung auf die ehemaligen deutſchen Gewohnheiten eine gar ſtarke Beziehung habe, auch ohne genugſame Kenntniß und Anwendung derſelben nicht füglich zu erklären ſtehe, ſich zur Genüge ergeben dürfte.

a) Grundſätze des deutſchen peinlichen Rechts. Dritte Ausgabe. §. 789.

VIII. Wor-

VIII.

Worauf der Unterricht bey weiblichen Bürgſchaften insbeſondere gerichtet ſeyn müſſe?

Obwohl die von Frauensperſonen übernommenen Bürgſchaften an ſich und der Regel nach ungültig ſind [a]), ſo will dennoch ein nicht mehr in Zweifel zu ziehender Gerichtsgebrauch, daß ſie wenigſtens ſodann für rechtsbeſtändig, mithin für verbindlich, angeſehen werden müſſen, wenn eine Bürgin nach vorher empfangenem genugſamen Unterricht von ihren weiblichen Gerechtſamen, insbeſondere von dem Senatus Conſulto Vellejano und der Authentica ſi qua mulier, ſich der bemeldeten Rechtswohlthaten begeben hat [b]). Die allermehrſten Rechtslehrer ſtimmen inzwiſchen darin überein, daß eine ſolche Begebung ohne vorhergegangenen genugſamen Unterricht und Kenntniß derſelben nicht einmal ſodann als gültig angeſehen werden könne, wenn ſie gleich in einem feyerlichen Inſtrument vor Notarien und Zeugen geſchehen [c]), oder gerichtlich, oder gar mitteſt cörper-

a) *Tot. Tit. Digeſt. ad SCtum Vellejan.*

b) CARPZOV. *in Iurispr. forenſ. P.* 2. *Def.* 19. MEV. *P.* 7. *Dec.* 231.

c) BERGER *in Oeconom. Iur. Lib.* 3. *Tit.* 3. *Th.* 8. *n.* 8.

córperlichen Eydes, beſtätiget ſeyn mögte [d]). Dieſe Grundſätze, nach welchen zu einem gültigen Verzicht auf zuſtändige weibliche Rechte ein vorgängiger Unterricht erfordert wird, rechtfertigen von ſich ſelbſt. Denn eines theils ſtehet von keinem vernünftigen Menſchen zu vermuthen, daß er ſich im wahren Ernſt gewiſſer ihm gebührender Rechte, von denen er gleichwohl zur Zeit des geleiſteten Verzichts keine hinreichende Kenntniß gehabt hat, habe begeben können und wollen; andern theils iſt bey Frauensperſonen, wegen ihrer gewöhnlichen Lebensart, der Mangel an Rechtskenntniſſen, in Beyſtimmung der Geſetze [e]), billig zu vermuthen. Dieſe Nothwendigkeit ſchildert der ſeel. Vice-Cantzler Strube [f]) ſehr wohl, wenn er folgendergeſtalt ſchreibet: „nicht alle „Frauen wiſſen, was ſie thun, wenn ſie ſich ver„ſchreiben. Man macht dieſelben glaubend, es „ſey ihre Schuldigkeit, ſich dergeſtalt zu verbin„den, wie begehret wird. Wenn man ſie von „dem Gegentheil gründlich unterrichtete, ſo be„dächte ſich manche, einen ihr ſo nachtheiligen „Schritt zu thun. Ohne Erklärung der lateini-ſchen

d) STRYCK *in Cautel. Contract. Sect.* 2. *cap.* 6. §. 4. Die gegenſeitige Meynung, oder, daß die geſchehene eydliche Begebung der weiblichen Rechte den etwanigen Mangel der vorgängigen Certioration erſetze, behauptet GAIL *Lib.* 2. *Obſ.* 77. *n.* 9.

e) *L.* 6. §. 5. *D. de edendo. L.* 9. *D. de Iur. et fact. ignorant.*

f) In den rechtl. Bedenken im 2ten Theil *n.* 76. §. 2.

„ſchen Worte bleibet denenſelben nicht nur unbe„kannt, was für einer Wohlthat ſie entſagen, „ſondern auch, daß ihnen die Rechte eine ſolche „beylegen und deſſen Wiſſenſchaft macht die der „Verſchreibung einverleibte Eydesformel keines „Weges glaublich.“

So übereinſtimmend nun zwar die meiſten Rechtslehrer in ihren Meynungen hierüber zu ſeyn pflegen, ſo ſehr nachgebend bezeigen ſich gleichwohl viele, wenn es auf die Beantwortung der Frage: Auf welche Art und Weiſe der Unterricht von den weiblichen Rechten eigentlich geſchehen müſſe, und unter welchen Umſtänden derſelbe für rechtsbeſtändig anzuſehen ſey? ankommt. Denn, ſo will unter andern Mevius [g]), daß er als würklich geſchehen, billig vermuthet werden müſſe, wenn eine ſich verbürgende Frauensperſon in dem Inſtrument ausdrücklich bezeuget, daß ſie entweder von ihrem Litis Curatore, oder von einem andern Rechtsgelehrten, wegen ihrer zuſtändigen weiblichen Rechte genugſamen Unterricht empfangen habe. Andere nehmen dieſe Vermuthung wenigſtens ſodann an, wenn die Bürgin entweder in deutſcher, oder in einer andern ihr verſtändlichen Sprache, auf ihre weiblichen Rechte, etwa mit folgenden Ausdrücken: **Ich entſage der Rechtswohlthat, welche der Weiberbürgſchaft für ungültig erkläret, Verzicht gethan** [h]).

g) *P. 7. Dec.* 231. *n.* 4. 5.

h) STRYCK *c. l. Sect.* 1. *cap.* 5. §. 7. Schmidts öffentliche Rechtsſprüche im zwoten Abſchnitt *n.* 33.

Noch weniger pfleget es von vielen für bedenklich gehalten zu werden, daß nicht ſodann der Verzicht auf weibliche Rechte überhaupt genüge, mithin die Bürgin aus ihrer übernommenen Bürgſchaft verbunden ſey, wenn ſie bey der Begebung ihrer weiblichen Rechte eine beſondere Erklärung, als das Merkmal ihrer gehabten genugſamen Kenntniß, hinzufüget und ſich etwa folgender Ausdrücke bedienet: „Ich entſage dem Senatus „Conſulto Vellejano und der Authenticae ſi qua „mulier, Kraft welcher ſich ſonſt ſo wenig eine „Frau für ihren Mann, als für einen Fremden „gültiglich verſchreiben kann [i])." Indeſſen verdienet die erſtere Meynung, nach welcher der Unterricht, als wirklich geſchehen zu vermuthen iſt, wenn die Frau in einem Inſtrument blos dieſes, daß ſie genugſame Wiſſenſchaft von ihren zuſtändigen weiblichen Rechten vorher empfangen, bezeuget hätte, gleichwohl aber nicht bekannt wäre, unter welchen Umſtänden derſelbe wirklich erfolget, keinen Beyfall. Denn eben darum erklären die Geſetze vorzüglich die von Frauensperſonen übernommenen Bürgſchaften für ungültig, weil jene bey ihrer gewöhnlichen Schwäche nur gar zu leicht durch Ueberredungen und falſche Vorſtellungen von der Sache zu ſolchen Entſchlüſſen, welche die nachtheiligſten für ihre zeitliche Glückſeligkeit ſind, gebracht werden können [k]); und eben darum, damit man mit völliger Sicherheit darüber

i) LEYSER *Spec.* 170. *n.* 2.

k) *L.* 2. §. 2. *ad SCtum Vellejan.* Struben a. O.

über urtheilen könne, ob ihre Bürgſchaft ſich nicht ſowohl auf einem flüchtig gefaßten Entſchluß, als vielmehr auf einer vorgängigen genugſamen Ueberlegung gründe? erfordern ſie, daß die Verzichtleiſtung in einem feyerlichen Inſtrument, oder in eines Notarii und zweyer Zeugen Gegenwart, geſchehen ſolle [l]).

Aus allem bisher angeführten läßt ſich nun die allgemeine Folge ziehen, daß es in keine Wege für eine gleichgültige Sache zu halten ſey, unter welchen Umſtänden eine ſich verbürgende Frauensperſon von ihren zuſtändigen Gerechtſamen Unterricht empfangen habe, und daß demnach nicht ſowohl die bloße Begebung der weiblichen Rechte, als vielmehr die Art und Weiſe, unter welcher ſie erfolget ſey, in vorzüglichen Betracht komme. Denn finden ſich von den Umſtänden, unter welchen die Verzichtleiſtung geſchehen iſt, keine actenkündige Beweiſe, ſo verdienet das bloße Geſtändniß der Bürgin in dem Inſtrument, daß ſie vor dem gethanen Verzicht von ihren weiblichen Rechten genugſamen Unterricht empfangen habe, keine Aufmerkſamkeit und ſie iſt darauf mit allem Rechtsbeſtande nicht zu verurtheilen.

l) *L.* 23. §. 2. *C. ad SCtum Vellejan.* Den heutigen Gebrauch dieſes Geſetzes vertheidigen TITIVS *in Iur. priuat. Lib.* 5. *cap.* 18. §. 5. BERGER *in Oeconom. Iur. Lib.* 3. *Tit.* 3. *Th.* 8. *n.* 1. Es halten inzwiſchen andere die Verzichtleiſtung überhaupt für völlig rechtsbeſtändig, wenn ſolche mittelſt Eydes beſtärket iſt, ſ. Struben in dem 2ten Theil der rechtl. Bedenken *n.* 76.

Bedenklicher ſcheinet dagegen freylich der andere Fall zu ſeyn, wann eine Bürgin, entweder in deutſcher, oder in einer andern derſelben verſtändlichen Sprache ſich ihrer weiblichen Gerechtſamen begeben und zugleich, daß ſie davon vorher genugſamen Unterricht empfangen, bekannt, oder auch bey der in lateiniſchen Ausdrücken abgefaßten Verzichtleiſtung auf das Senatus Conſultum Vellejanum und die Authenticam ſi qua mulier, die Erklärung zugleich in deutſcher Sprache zum Zeichen ihrer gehabten genugſamen Kenntniß hinzugefüget hätte. So wenig unter dieſen Umſtänden die Gültigkeit der übernommenen Bürgſchaft an und für ſich in Zweifel zu ziehen iſt, ſo wenig ſtehet doch von einer vorhandenen Kenntniß der weiblichen Rechte bey Bürgſchaften, auf eine vollſtändige und genugſame Wiſſenſchaft der eigentlichen Verbindlichkeit ſelbſt, die durch die Bürgſchaft übernommen worden, ein gültiger Schluß zu machen. Denn, da die Geſetze bey Frauensperſonen die Unwiſſenheit der Rechte vermuthen, ſo kann es nicht genügen, daß ein ſich verbürgendes Frauenzimmer von dieſen und jenen Dingen beweislich einige Kenntniß gehabt habe, wenn an dem Daſeyn einer genugſamen Wiſſenſchaft in andern zu einer gültigen Bürgſchaft einer Frauensperſon ebenfalls erheblichen Dingen zu zweifeln iſt, oder ſolche wenigſtens nicht zu beweiſen ſtehet. Es kann daher niemals, um eine Frauensperſon zu demjenigen, wozu ſie ſich für andere verbunden hat, anzuhalten, genügen, daß dieſelbe bey der Uebernahme der Bürgſchaft erweislich

weislich gewußt, welche Rechte ihr in Abſicht derſelben zuſtünden, wenn ſie im übrigen wegen des eigentlichen Inhalts der übernommenen Verbindlichkeit ſelbſt unwiſſend geblieben ſeyn ſollte. Meinem wenigen Bedünken nach iſt daher eine Bürgſchaft, die nach vorhergegangener Erklärung und unter allen gewöhnlichen Formalitäten übernommen worden, dennoch zu Recht nicht beſtändig, wenn nicht zugleich alle und jede Puncte, woraus die übernommene Verbindlichkeit beſtehet, ihren Eigenſchaften und Folgen nach der Bürgin zugleich verdeutlichet worden und ich halte mit Grunde dafür, daß bey dem Mangel einer ſolchen Verdeutlichung eine Frauensperſon ſich dennoch auf ihre Unwiſſenheit, in ſoferne das Gegentheil nicht bewieſen iſt, berufen könne, wenn ſie gleich von ihren zuſtändigen Rechten wegen Uebernahme einer Bürgſchaft genugſamen Unterricht vorher empfangen hätte. Dieſe Sätze können um ſo weniger erheblichen Zweifeln unterworfen ſeyn, als es an ſich ausgemachten Rechtens iſt, daß eine jede Bürgſchaft eingeſchränkt zu erklären und daher von dem bewieſenen Daſeyn einer Verbindlichkeit auf das Daſeyn einer andern, deren bey der allgemeinen Uebernahme keiner ausdrücklichen Erwähnung geſchehen, nicht geſchloſſen werden könne [m]). Eine Frauensperſon demnach, die zum Vortheil ihres Ehemannes in eine Ceſſion

m) LEYSER *Spec.* 524. *n.* 1. 2. HERING *de fideiuſſ. cap.* 2. *n.* 30. BERGER *Oecon. Iur. L.* 3. *Tit.* 3. *Th.* 2.

ihrer Maternorum eingewilliget, auch dem Senatus Conſulto Vellejano und der Authenticae ſi qua mulier entſaget hat, macht ſich dadurch nicht ſofort zur Leiſtung der Gewähr wegen der cedirten, oder abgetretenen Stücke verbindlich, in ſoferne das Gegentheil nicht actenkündigermaßen anderweit bewieſen ſeyn mögte. Eben ſo wenig würde eine Frauensperſon, die ſich für die Bezahlung einer Wechſelſchuld unter allen nur möglichen Rechts-Formalitäten verbindlich gemacht hätte, in Ermangelung einer ausdrücklichen Einwilligung des Gegentheils, nach Wechſelrechten, die etwa an dem Ort gelten, zu beurtheilen ſeyn. Ein gleiches gilt auch von einer Frauensperſon, die ſich für die Bezahlung einer hypothecariſchen Schuld rechtsbeſtändig verbürget hat. Denn wider dieſelbe hat die Anſtellung einer hypothecariſchen Klage nicht ſtatt, wann ſie lediglich die Bezahlung der Forderung ſelbſt, ohne ſich weiter um deren Eigenſchaft zu bekümmern, verſprochen, und dabey nicht insbeſondere eine Hypothek verſchrieben hätte.

Aus den bisher angeführten Grundſätzen ergiebet ſich von ſelbſt die practiſche Regel: Daß man es bey weiblichen Bürgſchaften niemals lediglich dabey bewenden laſſen müſſe, einer ſich verbürgenden Frauensperſon blos den eigentlichen Inhalt des Senatus Conſulti Vellejani und der Authenticae ſi qua mulier zu erklären, ohne zugleich die Puncte, woraus die übernommene Verbindlichkeit beſtehet, insbeſondere durchzugehen und ſolche der Bürgin ebenfalls zu verdeutlichen.

Denn,

Denn, obzwar in jenem Fall die Gültigkeit der Bürgſchaft an und für ſich ſelbſt nicht zu bezweifeln ſtehet, ſo iſt doch von denjenigen Puncten, worauf ſich die Bürgſchaft beziehet, keines Weges ein gleiches zu ſagen, im Fall die Bürgin deshalb ebenfalls nicht insbeſondere vergewiſſert ſeyn ſollte. Noch weniger aber kann eine Bürgin bey der nach vorgängigem Unterricht erfolgten Begebung ihrer weiblichen Rechte zur Erfüllung derjenigen Puncte, deren die Cautions-Notul nicht insbeſondere erwähnet, und von deren gehabten Kenntniß kein actenkündiger Beweis vorhanden iſt, angehalten werden, wenn ſie gleich in dem Contract ſelbſt, zu deſſen Feſthaltung ſie ſich überhaupt und im Allgemeinen verbindlich gemacht hatte, enthalten ſeyn ſollten.

IX.

Ob und in wieferne ein bloßer Angeber, oder Denuntiant zu den Koſten der Inquiſition gehalten ſey?

Wann ſich ein peinliches, oder anderes Verfahren auf einer vorgängigen Rüge, oder Angabe allein gründet, ſo ſind vornämlich zwey Fälle von einander zu unterſcheiden, ob der Angeber zugleich der Beleidigte, oder ſonſt ein an dem Ausgange der Sache beſonderes Intereſſe habender Theil ſey, oder nicht. Im erſten Fall hat der Angeber ſich ſowohl auf der einen Seite in Acht zu nehmen, daß er nicht in einem mit Mühe, Koſten und Gefahr verbundenen Anklagsproceß verwickelt werde, als auf der andern Seite diejenigen Vortheile nicht verliere, die einem Denuntianten unter den beſchriebenen Umſtänden zu ſtatten kommen. Diejenigen Vortheile aber insbeſondere, die mit der angeführten Art der Angabe verbunden ſind und die Vorzüge, die ſie für eine förmliche Anklage hat, ſind von verſchiedenen Rechtslehrern [a]) umſtändlich, von mir aber Auszugsweiſe

a) SCHILTER *Ex.* 21. §. 17. SCHAVMBVRG *princip. prax. Iurid. c.* 1. §. 2. 3. WERNHER *P.* 6. *Obſ.* 302. BECKER *Diſſ. de tertia ſpecie proceſſ. mixti ſeu denuntiat. eiusque indole et different. a proceſſ. tam ciuil. quam criminal. Roſt.* 1759.

zugsweiſe an einem andern Ort, angeführet worden [b]). Ohne mich alſo darauf weiter insbeſondere einzulaſſen, will ich nur im Allgemeinen bemerken, daß ein Denuntiant, ſowohl in der einen, als in der andern Bedeutung, zu der gewöhnlichen Sicherheitsleiſtung eines ſonſtigen Anklägers nicht gehalten ſey [c]), noch weniger aber den Beweis ſeiner gemachten Angabe übernehmen dürfe. Man pfleget vielmehr zufrieden zu ſeyn, wenn er entweder durch Anführung glaubwürdiger Umſtände ſeine Rüge wahrſcheinlich und ſcheinbar zu machen im Stande iſt [d]), oder auch die Richtigkeit derſelben mittelſt cörperlichen Eydes erhärtet.

Diejenigen Koſten insbeſondere, welche nach erhobener Rüge, entweder der Unterſuchung und des gerichtlichen Verfahrens halben, oder der Verpflegung und ſichern Aufbewahrung des Anſchuldigten wegen erfordert werden, müſſen von dem Gericht, das die Unterſuchung hat, von Amtswegen beſtritten werden [e]) und es kann nur alsdann, wann der Angeſchuldigte ſchuldig befunden, oder durch Urthel und Recht in die Koſten verurtheilet wird, ſolche von ihm wieder fordern, in ſoferne er dazu nach der Beſchaffenheit ſeines

b) Grundſätze des deutſchen peinlichen Rechts. Dritte Auflage §. 810.

c) MEV. *P*. I. *Dec.* 41.

d) RICHTER *de probabilitat. ex argument. quae profert denuntians rite determinanda, Alt.* 1743.

e) Art. 47. 61. 154. 176. 204. 219. P. G. O.

ſeines Vermögens im Stande iſt [f]). Unter keinen Umſtänden inzwiſchen und ohne zu unterſcheiden, ob das beſondere Intereſſe des Denuntianten bey dem Proceß mit einſchlage, oder nicht, ſtehet demſelben mit Grunde und der Regel nach anzumuthen, entweder zu einer der Beſtrafung halben angeſtellten Unterſuchung, oder zu demjenigen, was etwa die Verpflegung des Angeſchuldigten erfordert, Beyträge an Koſten zu leiſten [g]). Dieſer allgemeine Satz kann auch ſodann keinen Einſchränkungen unterworfen ſeyn, wenn der Denuntiant etwa bey der erhobenen Rüge ſich gleich Anfangs, oder auf ein geſetzwidriges Verlangen des Gerichts, entweder blos zu der Verpflegung das Angeſchuldigten, oder auch wohl gar zu den Koſten der Inquiſition freywillig verſtanden haben ſollte. Denn, obzwar freylich ein Angeber, der ſich zu dieſen, oder jenen Koſten, die von ihm im Wege Rechtens nicht gefordert werden konnten, freywillig verſtanden hat, ſolche nachhin nicht wieder zurückfordern kann, ſo bleibet er dennoch allerdings dazu befugt, die beſchriebenen Koſten, wenn er ſie beweislich wider Willen und lediglich auf Verlangen des inquirirenden Gerichts bezahlen müſſen, wieder zurück zu verlangen.

Unter keinen Umſtänden und ohne zu unterſcheiden, ob der Denuntiant gewiſſe Koſten, welche entweder das gerichtliche Verfahren, oder die Ver-

f) Art. 61. 153. P. G. O.

g) BECKER *c. l.* §. 15. Carrach in den rechtl. Anmerkungen von der Schuldigkeit die Koſten einer Inquiſition zu tragen, Halle 1774.

Verpflegung und Aufbewahrung des Angeſchuldigten erfordert hat, freywillig hergegeben habe, oder nicht, läßt ſich inzwiſchen die Allgemeinheit des Satzes, daß, weil der Denuntiant zu einem, oder mehrerenmal dieſe, oder jene Koſten zur Führung der Inquiſition hergegeben hat, er nun auch während der ganzen Unterſuchung und bis zum endlichen Spruch in der Sache zu allen ähnlichen gehalten werde, behaupten. Denn, da angeführtermaßen ein bloßer Angeber zu den Koſten, welche die Unterſuchung, die Verpflegung und Aufbewahrung des Angeſchuldigten erfordert, an ſich nicht gehalten iſt, ſo wird zur Annahme des Gegentheils ſeine ausdrückliche Erklärung und Einwilligung um ſo mehr erfordert, als bekannten Rechten nach zu einer Entſagung, oder Begebung zuſtändiger Gerechtſame in keine Wege bloße Muthmaßungen und Anzeigen hinreichen, ſondern gründliche Beweiſe erfordert werden. Dieſe Sätze können auch um ſo weniger gegründeten Zweifeln unterworfen ſeyn, als es ſogar einem jeden Ankläger bey dem Mangel der Calumnie frey ſtehet, während des Proceſſes und vor erfolgtem endlichen Spruch ſeine Anklage ſchwinden zu laſſen, folglich ſich dadurch aller ferneren Koſtenbeyträge zu entledigen, wenn er vielleicht in der Folge von der Fehlſamkeit derjenigen Gründe, die ihn anfänglich zur Anſtellung der Anklage vermogt hatten, überzeuget würde, oder es auch ſonſt nicht weiter gerathen fände, ſeine Anklage fortzuſetzen [h]).

Wann

h) *Arg.* Art. 214. P. G. O.

Wann nun angeführtermaßen ein bloßer Angeber nicht einmal auf dem Fall, da er durch bereits wirklich geleiſtete Beyträge ſich gleichſam ſtillſchweigend zur Bezahlung der Inquiſitions- und Atzungskoſten während der ganzen Inquiſion verbindlich gemacht hat, wider Willen bis zu der erfolgten Endurthel gehalten wird, ſo kann er dazu noch weniger ſodann angehalten werden, wenn bereits eine Endurthel erfolget iſt und Inhalts derſelben noch wider gewiſſe Mitſchuldige, oder wider gewiſſe Hehler und Beförderer verfahren wird. Denn, in ſolchem Fall würde er nicht weiter zu Koſtenbeyträgen gehalten ſeyn, wenn man gleich daher, daß er anfänglich die Koſten freywillig hergeſchoſſen, eine Art der Begebung der ihm ſonſt zuſtändigen Rechte mit Grunde folgern könnte. Allen vernünftigen Regeln der Erklärung würde es vielmehr zuwider ſeyn, einem Denuntianten ſeine bisherige Bereitwilligkeit in Bezahlung der Koſten dergeſtalt nachtheilig auslegen zu wollen; daß er nun auch noch nach erfolgter Endurthel und da Inhalts derſelben wider die Mitſchuldigen und andere Hehler annoch verfahren wird, die dazu nöthigen Koſten bezahlen müſſe. Es leiden auch dieſe Grundſätze ſodann keine Ausnahme, wenn gleich der Angeſchuldigte die ihm durch die Urthel zuerkannte Strafe nicht ſofort leiden, ſondern die Vollziehung derſelben bis zu dem geendigten Verfahren wider die Mitſchuldigen verſchoben werden mögte. Denn, da einen bloßen Angeber, in ſoferne er nicht zugleich ein eigentlicher Ankläger iſt, das peinliche Verfahren und die

Strafe

Strafe des Verbrechers und ſeiner Mitſchuldigen nichts angehet, ſo ergiebet ſich auch daraus von ſelbſt die Folge, daß der nach erfolgter Endurthel geleiſtete Koſtenbeytrag, in ſoferne ſolcher nicht lediglich auf das beſondere Intereſſe des Denuntianten abzwecket, an ſich geſetzwidrig ſey, folglich als ein eigentliches Indebitum angeſehen werden müſſe. Es pfleget jedoch dasjenige, was der Angeber unter ſolchen Umſtänden an Koſten hergegeben, nicht leicht wieder zurück gegeben zu werden, im Fall die Koſten nicht ungebührlicher weiſe durch Zwangsmittel gleichſam erpreſſet ſeyn ſollten.

Obwohl es nun Inhalts der bisher angeführten Grundſätze keinem Zweifel unterworfen iſt, daß ein Denuntiant, der ſeine Rüge, entweder auf richtig befundene Umſtände und Anzeigen gründet, oder auch ſolche wenigſtens eydlich beſtärket hat, in Ermangelung genugſamer Beweiſe der Calumnie, von allen Koſtenbeyträgen frey zu ſprechen ſey [i]); ſo ſind dennoch gewiſſe Fälle, in welchen der Satz, daß ein bloßer Angeber ſo wenig zu den Koſten der Inquiſition, als der Atzung gehalten ſey, Ausnahmen und Einſchränkungen zuläßt. Denn, wann er der Lügen, oder, daß er einen unſchuldigen Menſchen boshafter Weiſe in einen inquiſitoriſchen Proceß verwickelt habe, überführet würde, ſo iſt er nicht allein zu den Koſten, welche die Atzung und Inquiſition erfordert hat, ſondern auch zur Erſetzung aller gewirkten Schäden, ſo, wie zur Leiſtung einer gerichtlichen Abbitte

i) WERNHER *P.* 8. *Obſ.* 307. Carrach a. O.

bitte gehalten und überdieß nach richterlichem Ermeſſen am Leibe, oder ſonſt verhältnißmäßig zu beſtrafen [k]). Diejenigen Grundſätze, die von einem boshaften Denuntianten gelten, ſind auch auf einen Fiſcal, der aus ſchändlicher Gewinnſucht, oder andern ſträflichen Urſachen angebliche Laſter und Verbrechen, die nirgends zu finden ſind, fälſchlicher Weiſe rüget und nachhin der Calumnie überwieſen wird, anzuwenden [l]). Ein ſolcher böſer Fiſcal ſoll beſonders nach Mecklenburgſchen Rechten [m]) auſſer der Erſetzung aller Koſten nach Befinden an ſeinem Vermögen, oder ſonſt beſtrafet werden. Es iſt inzwiſchen derjenige, welcher Amts und Berufs halber einen gewiſſen Vorfall, den er nach den Umſtänden zu urtheilen, wahrſcheinlich für ein Verbrechen halten müſſen, gerüget hat, in keine Wege für einen boshaften Angeber zu halten. Derſelbe iſt ſo wenig zu beſtrafen, als zu der Erſetzung der Schäden und

k) MEV. *P.* I. *Dec.* 41. **Eiſenhart in dem 7ten Theil ſeiner Rechtshändel** *n.* 7.

l) *de* BOEHMER *in Meditatt. ad CC. art.* 204. §. 5.

m) **Der Landesgrundgeſetzliche Erbvergleich** §. 411. „Würden unſere Fiſcäle jemanden ohne rechtmäßige Urſache actioniren, und der Angeklagte „von der Anklage losgeſprochen; ſo ſollen die Fiſcäle in Fällen, da die Urtheln wider ſie ausfallen, „keinen mehreren Favorem wegen Erſtattung der „Unkoſten, als andere Proceßführende Partheyen, „haben, auch wohl gar wegen des in ihrem Amt „begangenen Exceſſus nach Befinden mit Geld und „andern Strafen beleget werden."

und Koſten, oder zur Leiſtung ſonſtiger Genugthuung, anzuhalten, wenn gleich der Angeſchuldigte in der Folge von allem wider ihn vorhanden geweſenen Verdacht völlig frey geſprochen würde [n]). Eben ſo wenig iſt auch ein Fiſcal, der lediglich auf Verlangen ſeiner vorgeſetzten Obern verfahren, oder, der auf glaubwürdige Muthmaßungen den Grund ſeiner Klage gebauet hat, zu der Wiedererſetzung der Koſten und Leiſtung anderweitiger Genugthuung zu verurtheilen [o]).

Nach dem Gerichtsgebrauch muß ferner ſodann, wenn der in die Koſten verurtheilte Angeſchuldigte, ſolche aufzubringen, nicht vermögte, der Denuntiant wenigſtens diejenigen, welche lediglich die Erhaltung ſeiner Schadens-Erſetzung, oder ſeines ſonſtigen Privatintereſſes betroffen haben, bezahlen [p]) und zwar ohne zu unterſcheiden, ob der geſchehene Koſtenaufwand für den Denuntianten zur Erhaltung ſeines Privatintereſſes vortheilhaft geweſen ſey, oder nicht [q]). Vermöge dieſer Grundſätze muß daher auch ein ſolcher Angeber, der hauptſächlich um ſeines Intereſſes willen jemand in foro deprehenſionis eines Verbrechens beſchuldiget und deſſen Verhaftnehmung verlanget, für die Koſten haften und dieſerhalb genugſame

n) WERNHER *P. 6. Obſ.* 282. Eiſenhart in dem 2ten Theil der Rechtshändel *n.* 3.

o) LEYSER *Spec.* 56. *n.* 6. 7. *de* BOEHMER *ad art.* 204. CC. §. 5. ENGELBRECHT *Obſ.* 120.

p) Art. 107. 157. 213. P. G. O.

q) Carrach a. O. §. 7.

ſame Sicherheit leiſten, wann deren Erſatz ihm aufgelegt werden ſollte, oder auch von dem ſchuldig befundenen Theil nicht zu erhalten ſtünde.

In dem Fall überhaupt, da ſich die Rüge lediglich auf ſolche Verbrechen, die von Amtswegen nicht in Unterſuchung gezogen werden, eingeſchränket, hat es auch nach der Meynung der Rechtslehrer kein Bedenken, daß der Denunciant in Ermangelung des Angeſchuldigten, in Subſidium zur Bezahlung der Proceßkoſten angehalten werden könne [r]).

r) Eiſenhart in dem 7ten Theil der Rechtshändel n. 20. Meine Grundſätze des peinlichen Rechts §. 816. Weil inzwiſchen heutiges Tages ein Richter in Ermangelung eines Anklägers, der Regel nach, wegen eines jeden Verbrechens von Amtswegen verfahren muß Art. 214. P. G. O., ſo kann der angezogene Fall, in ſoferne nicht eine geſetzliche, oder durch den Gerichtsgebrauch beſtätigte Ausnahme, da eines Verbrechens halben von Amtswegen nicht zu verfahren iſt, bewieſen werden kann, nicht leicht vorkommen.

X.

Ob von der unterlaſſenen Anregung der zuſtändigen Compenſation auf deren Begebung ein gültiger Schluß zu machen ſey?

Zu dem unbeſtrittenen Rechtswahrheiten gehören wohl unſtreitig die Sätze, daß, obwohl nach dem heutigen Gerichtsgebrauch ſonſt andere Rechtsbehelfe nicht weiter für zuläſſig geachtet werden können, wenn ſie nicht ſofort bey der Kriegsbefeſtigung, oder bey der Einlaſſung auf die Klage in Anregung gebracht worden [a]), die Exceptio compenſationis, und einige andere bekannte Exceptionen den Vorzug haben, daß ſie nicht allein nach geſchehener Kriegsbefeſtigung, ſondern ſogar, da die Urthel bereits in die Rechtskraft getreten und die Sache ſelbſt zur Execution ſtehet, noch angeführet werden könne [b]), auch ſolches ſogar ipſo iure geſchehe [c]). Weil auch das Forum concurſus eigentlich nur diejenigen Güther und Rechte des gemeinſchaftlichen Schuldners an ſich ziehen kann, die annoch zu dem Eigenthum des

a) Der neueſte Reichsabſchied §. 37.

b) *L. 2. C. de compenſat.* MEV. *P. 7. Dec.* 202. *n.* 2.

c) *L.* 2. und 8. *D.* und *L.* 4. und 14. *C. de compenſat.* §. 3. *Inſt. de act.* ZANGER *de except. P.* 3. *c.* 8. *n.* 124. Die Rechtslehrer wollen ſogar, daß die

des letzteren wirklich gehören und die nicht anderweit mutuis petitionibus et debitis ſchon vor ausgebrochenem Concurſe ipſo iure aufgehoben worden, ſo ergiebet ſich daher von ſelbſt, daß die Compenſation auch bey ausgebrochenem Concurſe in Anregung gebracht werden könne [d]). Wenn daher die mutuae petitiones bereits vor entſtandenem Concurs vorhanden geweſen, auch ſolches rechtsbeſtändig zu beweiſen ſtehet [e]), ſo kann der Exceptioni compenſationis der Umſtand, daß gleichwohl der animus compenſandi vor geſchehener Ceſſion nicht erkläret worden [f]), in keinen Betracht kommen [g]).

So

die eydliche Verſicherung die Zahlung zu leiſten, die exceptionem compenſationis nicht aufhebe, in ſoferne ſie anders aus einer neuen Schuld erwachſen. STRVV. *Ex.* 21. *Th.* 27. und daß die bloße Allegirung der Schuld, ohne der Compenſation ausdrücklich zu erwähnen, genüge, um die letztere anwendlich zu machen. LAVTERBACH *in compend. Pandectar. L.* 16. *Tit.* 2.

d) CRAMER *Tom.* 3. *Obſ.* 977. DORN *Diſſ. de compenſat. in concurſu creditorum.* MAJOHL *Comm. de compenſat eiusque valida oppoſitione in concurſu creditorum.* WALCH *de compenſat. creditorum in concurſu, Ien.* 1770.

e) BASTINELLER *in Progr. de requiſit. compenſat. creditorum in concurſu, Viteb.* 1748.

f) Dieſe Meynung vertheidiget MEV. *P.* 7. *Dec.* 127. Das Gegentheil behauptet wider Mevium, Reinhard im 2ten Stück der Sammlung juriſtiſcher, philoſopiſcher und critiſcher Aufſätze.

g) PVFENDORF *Tom.* I. *Obſ.* 79. HOMMEL *Rhapſod. Quaeſt. in foro quotid. obuenient. neque*

So ausgemachten Rechtens nun gleich die bisher angeführten Sätze ſind, ſo ſcheinbar iſt dagegen die Verneinung der Frage: Ob nämlich derjenige, der die Exceptionem compenſationis, da er es gleichwohl hätte thun können, nicht in Anregung bringet, darauf in der Folge weiter irgend einigen Bezug machen könne [h])? Denn obzwar angeführtermaßen die Exceptio compenſationis in den Rechten beſonders privilegiret iſt, und vor andern Rechtsbehelfen viele Vorzüge hat, auch ipſo iure geſchiehet, ſo ſetzet gleichwohl die wirkliche Anwendung jener Exception die ausdrückliche Erklärung desjenigen, dem ſie erweislich zu ſtatten kommt, zum voraus [i]) und ſie kann ohne eine ſolche Erklärung ſo wenig die rechtlichen Wirkungen einer geleiſteten Zahlung, oder aufgehobenen Verbindlichkeit hervorbringen [k]), als der Richter,

 weil

que tamen legib. deciſar. Obſ. 378. Es will zwar LEYSER *Spec.* 173. *n.* 4. daß auch ein ſolcher Gläubiger, der wahrſcheinlich ſein Geld aus dem Concurſe erhalten wird, compenſiren könne, wenn er etwas von den Sachen des gemeinſchaftlichen Schuldners aus öffentlicher Auction erſtehet und ſeine Schuld an ſich richtig und ſcheinbar iſt; allein, die gegenſeitige Meynung iſt doch mehr gegründet und dem Gerichtsgebrauch auch angemeſſener. PHILIPPI *de ſubhaſt. c.* 3. *comm.* 12. *n.* 55. *ſeqq.*

h) VOET. *in Comment. ad Pandect. Lib.* 16. *Tit.* 2. §. 3.

i) *L.* 2. 6. 8. 10. *D. L. fin.* §. 1. *C. de compenſat.* §. 39. *I. de act.* WESTENBERG *Principia Iuris Lib.* 16. *Tit.* 2. §. 22.

k) MEV. *P.* 4. *Dec.* 161. *n.* 3. *Dec.* 195. *n.* 4. *P.* 7. *Dec.* 127. *n.* 4. und *Dec.* 242. *n.* 3.

weil ſie ſich auf ein gewiſſes Factum beziehet, darauf von Amtswegen Betracht zu nehmen [l]) verbunden iſt. Vermöge dieſer Grundſätze gewinnet es das Anſehen, daß derjenige, der bey der geleiſteten Bezahlung ſeiner gleichwohl habenden Gegenrechnung nicht erwähnet, der letzteren ſtillſchweigend entſaget habe, folglich darauf weiteren Bezug zu nehmen nicht befugt ſey. Allein, ob es gleich ſeine ungezweifelte Richtigkeit hat, daß es lediglich der eigenen Willkühr eines jeden überlaſſen bleibe, ob er abrechnen, oder ſeine Schuld ohne Abzug bezahlen wolle und daher bey unterlaſſener Anregung der Exceptionis compenſationis dieſelbe von Gerichtswegen nicht erfüllet wird, ſo iſt dennoch bey näherer Prüfung von der unterlaſſenen Anregung der zuſtändigen Compenſation auf die gänzliche Begebung derſelben kein gültiger Schluß zu machen [m]). Es ſtehet vielmehr einem Gläubiger dem allen ohngeachtet nach der Regel frey, dasjenige, was er ſolchergeſtalt als ein wahres indebitum bezahlet hatte, nach der Beſchaffenheit ſeiner Gegenforderung entweder gänzlich, oder doch zum theil, wieder zurück zu fordern, und wegen des auf ſolche Weiſe etwa unbezahltbleibenden eine beſondere gerichtliche Klage zu erheben [n]). Dieſe Sätze ſind um ſo weniger gegrün-

l) *L. vn. C. quae deſunt aduoc.* WESENBEC. *in Pandect. L.* 16. *Tit.* 2. §. 8.

m) MASCARD *de probat. concl.* 1266.

n) *L.* 10. §. 1. *de compenſat.* v. ſi quis igitur compenſare potens ſoluerit, condicere poterit, quaſi

gegründeten Einwendungen unterworfen, als nicht allein eine jede wirkliche, oder anſcheinliche Begebung zuſtändiger Rechte ſtricte zu erklären, ſondern auch nach dem Zeugniß der Rechtslehrer die Exceptio compenſationis dadurch nicht einmal als aufgehoben angeſehen zu werden pfleget, wenn gleich einer, da ſchon ein mutuum creditum und debitum vorhanden war, zu der Bezahlung, ohne inzwiſchen der ihm zuſtändigen Gegenforderung zu erwähnen, ſich eydlich verpflichtet haben ſollte [o]). Es behält demnach bey dem angeführten Grundſatz, daß ohngeachtet der freywillig unterlaſſenen Abrechnung, dem Gläubiger dennoch in alle Wege frey ſtehe, jene auch nach geſchehener Zahlung auf angezogene Art und Weiſe geltend zu machen, das Bewenden. In Ermangelung beſonderer geſetzlichen Vorſchriften läßt ſich auch eben ſo wenig der von einigen Rechtslehrern [p]) angenommene Satz, daß wegen der unterlaſſenen Abrechnung zum Nachtheil des Gläubigers eine Art von Novation angenommen, folglich aus einer alten und etwa privilegirten Forderung eine neue und nicht privilegirte Schuld werden müſſe, füglich vertheidigen.

Ob auch gleich bekannten Rechten nach die Condictio indebiti ſodann nicht anwendlich zu

 werden

ſi indebito ſoluto. BERGER *in Oeconom. Iur. Lib.* 3. *Tit.* 15. *Th.* 4. *n.* 4.

o) LUDOVICI *Diſſ. de Iuramento compenſationem non excludente.*

p) BARTH *Hodogeth. forenſ. c.* 4. §. 22.

werden pfleget, wenn man wiſſentlich einem andern etwas bezahlet hat, wozu man nicht verbunden war, vielmehr in einem ſolchen Fall der animus donandi vermuthet wird [q]), ſo kann gleichwohl dieſer an ſich rechtliche Grundſatz demjenigen, der, ohne ſeiner Abrechnung zu erwähnen, ſeine Schuld bezahlet hatte, im Wege ſtehen, um dasjenige, was er ſolchergeſtalt zu bezahlen nicht ſchuldig war, wieder zu fordern, zumal ausdrückliche Geſetze vorhanden ſind, die wegen einer unterlaſſenen Anregung der Compenſation das Gegentheil vorſchreiben [r]).

Wenn nun gleich nach andern Stellen des Juſtinianeiſchen Rechts [s]) die nach dem Tode eines

q) *L.* 53. *de R. I.* v. Cujus per errorem dati repetitio eſt, ejus conſulto dati donatio eſt *L.* 26. §. 3. *de Condict. indebiti.*

r) *L.* 10. §. 1. *de compenſat. L.* 1. §. 4. *de contrar. tutel. et vtili actione* v. Praeterea, ſi tutelae iudicio quis conuenietur, reputare poteſt id, quod in rem pupilli impendit. Sic erit arbitrii eius, vtrum compenſare, an petere velit ſumptus. Quid ergo, ſi Iudex compenſationis eius rationem non habuit? an contrario iudicio experiri poſſit? et vtique poteſt. Sed ſi reprobata eſt haec reputatio, et adquieuit, non debet iudex contrario iudicio id ſarcire.

s) *L.* 26. *D. de probat.* v. Procula magnae quantitatis fideicommiſſum a fratre ſibi debitum, poſt mortem eius in ratione cum heredibus compenſare vellet, ex diuerſo autem allegaretur, nunquam id a fratre, quamdiu vixit, deſideratum, cum variis ex cauſis ſaepe (in) rationem fratris pecu-

nes Erblaſſers allererſt in Anregung gebrachte Compenſation aus dem Grunde verworfen wird, weil ſie nicht bey jenes Lebzeiten angeführet worden, ſo kann gleichwohl hieraus keine Widerlegung des von mir behaupteten Satzes gezogen werden. Der Augenſchein ergiebet nämlich, daß das zum Beweis des Gegentheils angezogene Geſetz nicht allein beſondere Umſtände zum voraus ſetze, ſondern insbeſondere ſich lediglich auf Rechnung und Gegenrechnungen unter Brüdern, bey denen freylich aus der unterlaſſenen Anregung der Compenſation der animus donandi zu vermuthen, beziehe, gegentheils aber überhaupt und auſſer dem vorausgeſetzten Fall, zumal, da ausdrückliche Geſetze ein anders wollen, nicht zur Anwendung kommen könne.

Allein, wenn gleich dieſe Erklärung dem wahren Sinn des angeführten Geſetzes vollkommen angemeſſen iſt, ſo iſt gleichwohl nach dem Grunde deſſelben nicht zu leugnen, daß, in ſoferne von gleich nahen Verwandten z. B. von Eltern und Kindern, Brüdern und Schweſtern, Vater- und Mutterbrüdern, Vater- und Mutterſchweſtern die Rede iſt, von der unterlaſſenen Abrechnung auf die Begebung derſelben, oder auf die Abſicht zu ſchenken der Schluß zu machen ſey,

 in

pecunias ratio Proculae ſoluiſſet: Diuus Commodus, cum ſuper eo negotio cognoſceret, non admiſit compenſationem, quaſi tacite fratri fideicommiſſum fuerit remiſſum.

in ſoferne anders nicht zu beweiſen ſtehet, daß die nicht geſchehene Erwähnung der Abrechnung entweder lediglich in Irthum und Unwiſſenheit ihren Grund gehabt habe, oder auch gewiſſe beſondere Umſtände es einzig und allein veranlaſſet haben, daß die an ſich begründete Abrechnung nicht zur Sprache gekommen ſey.

Ob nun zwar der berühmte Leyſer [t]) mit Beziehung auf geſetzliche Vorſchriften [u]) und mittelſt Anführung eines Praejudiciums den Satz behauptet, daß von der unterlaſſenen Abrechnung wenigſtens ſodann auf die Begebung derſelben zu ſchließen ſey, wenn jemand verſchiedentlich Gelegenheit zum Abrechnen gehabt und ſolche gleichwohl nicht genutzet haben ſollte, ſo iſt zwar nicht zu leugnen, daß von der zu mehreren malen unterlaſſenen Abrechnung ein ſtarkes Argument für den

t) *Spec.* 173. *n.* 5.

u) *L.* 12. §. 8. *mandati* v. Inde Papinianus quaerit, ſi patronus praedium, quod emerat, pro quo pretii beſſem exſoluerat, iuſſerit liberto ſuo tradi, vt ille reſiduum pretii redderet, deinde, reddito pretio vendenti fundum patrono libertus conſenſerit, trientis pretium an libertus poſſit repetere et ait, ſi mandatum ſuſcepit initio libertus, non donatum accepit, contrario iudicio poſſe eum pretium repetere, quod deductis mercedibus, quas medio tempore percepit, ſupereſt, quod ſi donationem patronus in libertum contulit, videri et poſtea libertum patrono donaſſe.

den Nachlaß der Schuld ſelbſt hergenommen werden könne; inzwiſchen iſt darauf allein und bey dem Mangel mehrerer und deutlicherer Beweiſe von dem animo donandi, eine Schenkung nicht zu bauen. Denn einmal hat es nach den deutlichſten Ausſprüchen der Geſetze keinen Zweifel, daß es dem Gläubiger ſchlechterdings zu überlaſſen ſey und von ſeiner Willkühr abhänge, ob und wann er abrechnen wolle [x]), und zweytens reden die Geſetze ohne Einſchränkung, wenn ſie einem Gläubiger erlauben, dasjenige, was er bezahlet hat, da er gleichwohl abrechnen konnte, als ein wahres Indebitum wieder zu fordern [y]). Es iſt daher in dem gegenwärtigen Fall das Argument, daß daher, weil eine Schenkung aus gewiſſen Factis zuweilen vermuthet werden könne, hergenommen wird, völlig unanwendlich. Aus eben den angeführten Gründen iſt auch ſo wenig aus der Länge der nach geleiſteter Zahlung verfloſſenen Zeit, in ſoferne letztere nicht eine in den Rechten begründete Verjährung ausmachen mögte, als aus den mit einander gehabten Rechnungen und Gegenrechnungen der Nachlaß der Schuld, oder die Begebung der Abrechnung, zu folgern, indem der Gläubi-

x) *L. 2. C. de compenſat.* Ex cauſa quidem iudicati ſi debitum ſolutum repeti non poteſt, ea propter nec compenſatio eius admitti poteſt. Eum vero, qui iudicati conuenitur, compenſationem pecuniae ſibi debitae implorare poſſe nemini dubium eſt.

y) *L. 10. §. 1. D. de compenſat. L. 1. §. 4. de contrar. tutel. et vtili actione.*

Gläubiger unbekannte Gründe gehabt haben kann, warum er ſich des ihm gleichwohl zuſtändigen Rechts, zu deſſen An- und Ausführung er den Geſetzen nach, in ſoferne ſeine zuſtändige Abrechnung auf einer Perſonal-Forderung beruhet, einen Zeitraum von dreyßig Jahren hatte, nicht bedienet hat. Es kann daher bey unterlaſſener Anregung der zuſtändigen Compenſation ſo wenig aus der Länge der verfloſſenen Zeit, der Blutsfreundſchaft und Anverwandtſchaft, als aus den unter und gegen einander geführten Rechnungen und Gegenrechnungen [z]), und zwar ſo wenig beſonders, als zuſammengenommen, der animus donandi geſchloſſen werden [aa]), in ſoferne es an den bereits angeführten Einſchränkungen ermangeln dürfte. Es kann daher nicht ohne Grund der allgemeine Grundſatz, daß von der unterlaſſenen Abrechnung auf deren Begebung kein Schluß zu machen ſey, angenommen werden und es lieget demjenigen, der das Gegentheil behauptet, ſchlechterdings der Beweis ob. Von der Laſt eines ſolchen Beweiſes ſind inzwiſchen angeführtermaſſen Brüder und Schweſter, und andere im gleichen Grade ſich befindende Anverwandte, billig zu entfreyen,

z) Das Gegentheil behauptet LEYSER *Spec.* 173. *n.* 7. wenn beſondere Umſtände eintreten, z. B. der Mangel der Anverwandſchaft und die Länge der immittelſt verfloſſenen Zeit, vermoge *arg. L.* 3. *C. de apoch. publ.*

aa) Das Gegentheil behauptet MENOCH *de arb. Iud. Quaeſt. Lib.* 2. *Cent.* 1. *caſ.* 88. *n.* 16. *ſeqq.*

freyen[bb]), in ſoferne auch in einem ſolchen Fall nicht klärlich zu beweiſen ſtehet, daß die unterlaſſene Anregung der Compenſation entweder in Irthum und Unwiſſenheit der Schuld ihren Grund gehabt, oder auch andere Umſtände verhindert haben, daß eine an ſich völlig begründete Abrechnung bey der Bezahlung einer Schuld nicht zur Sprache gekommen ſey.

bb) *L. 26. de probat.*

XI.

Ob in dem Fall, da ein Erblaſſer gewiſſe Sachen dazu beſonders ausgeſetzet hat, damit davon die Abführung einiger Vermächtniſſe geſchehen möge, letztere ſodann für ungültig zu achten, wenn jene Sachen dazu nicht hinreichend befunden werden ſollten?

Bey dem Mangel genugſam deutlicher Ausſprüche der Geſetze wollen angeſehene Rechtslehrer, daß bey vorfallenden Zweifeln über den eigentlichen Sinn eines letzten Willens das meiſte auf das Ermeſſen eines vernünftigen Richters ankomme, obwohl letzterer, ſo viel möglich, auf die wahrſcheinlich gehegte Abſicht des Erblaſſers ſein Augenmerk richten müſſe [a]). Andere Rechtslehrer [b]) nehmen inzwiſchen unter den bemerkten Umſtänden mehr beſtimmtere Grundſätze an, die wenigſtens der richterlichen Willkühr einige Schranken ſetzen. Die letzteren behaupten nämlich in Gemäßheit verſchiedener geſetzlichen Ausſprüche [c]), daß

a) LEYSER *Spec.* 395. *n.* 1. 2.

b) Struben in dem dritten Theil der rechtlichen Bedenken *n.* 72.

c) *L.* 39. §. 6. *de legat.* I. v. Scio ex facto tractatum, cum quidam duos fundos eiusdem nominis

daß im Zweifelsfall die Auslegung der in einem Teſtament oder letzten Willen enthaltnnen Verfügungen allemal dergeſtalt geſchehen můſſe, daß der oder die eingeſetzten Erben dadurch am wenigſten beläſtiget werden, zumal wenn die letzteren vielleicht gar des Erblaſſers nächſte Blutsfreunde seyn ſollten; derjenige aber, dem ein Vermächtniß im Teſtament gemacht worden, über deſſen wahren Sinn man uneinig iſt, etwa ein Fremder, der wenigſtens dem Erblaſſer nicht verwandt geweſen ſeyn mögte [d]). Nach dieſen Grundſätzen wäre freylich die aufgeworfene Frage dem Anſchein nach zu verneinen und den Erben ſtünde daher in dem

nis habens, legaſſet fundum Cornelianum: et eſſet alter pretii maioris, alter minoris: et heres diceret minorem legatum, legatarius maiorem. Vulgo fatebitur, vtique minorem eum legaſſe, ſi maiorem non potuerit docere legatarius. *L.* 47. *de legat.* 2. v. Binae tabulae eodem tempore exemplarii cauſa ſcriptae, vt vulgo fieri ſolet, eiusdem patrisfamilias proferuntur, in alteris centum, in alteris quinquaginta aurei legati ſunt Titio. Quaeris, vtrum et quinquaginta aureos, an centum duntaxat habiturus ſit? Proculus reſpondit, in hoc caſu magis heredi parcendum eſt, ideoque vtrumque legatum nullo modo debetur, ſed tantummodo quinquaginta aurei. *L.* 75. *de legat.* 3. v. Nummis indiſtincte legatis, hoc receptum eſt, vt exiguiores legati videantur, ſi neque ex conſuetudine patrisfamilias, neque ex regionis, vnde fuit, neque ex contextu teſtamenti poſſit apparere.

d) LYNCKER *Vol.* 2. *Reſp.* 76. *n.* 40. 41. SCHORCH *Reſp. et Sentent. ſelect. Sent.* 380. *n.* 11. 12.

dem Fall nicht anzumuthen, das Vermächtniß genau zu erfüllen, wenn diejenigen Sachen, woraus das Vermächtniß nach dem Willen des Erblaſſers zu leiſten, nicht von dem Werth, als ſie gleichwohl von dem letzteren in Anſchlag gebracht worden, befunden würden, folglich das Vermächtniß daraus entweder überall nicht, oder doch wenigſtens nur zum theil, abgeführet werden könnte. Allein, ſo ſcheinbar auch die Verneinung der aufgeworfenen Frage an ſich iſt, ſo viele triftige Gründe ſtreiten gleichwohl für die Bejahung derſelben. Denn ſo vortheilhaft auch nach den Geſetzen die Vermuthung für den eingeſetzten Erben anzunehmen iſt, wenn das Vermächtniß ſelbſt bey ſeiner völligen Kraft bleibet und es bey dem zweifelhaften Ausdruck des Erblaſſers nur lediglich auf die Größe des Vermächtniſſes ankommt, ſo ſtark iſt gegentheils die Vermuthung wider den eingeſetzten Erben, der die Richtigkeit und die Größe des Vermächtniſſes nicht im Zweifel ziehet und ſich gleichwohl aus andern Urſachen weigert, das Vermächtniß, ſo wie es verſchrieben worden, auszuzahlen [e]). Nach den Meynungen der Rechtslehrer iſt eine ſolche wider den Erben ſtreitende Vermuthung um ſo billiger, als nicht allein der Erbe zur Erfüllung der von dem Erblaſſer gemachten Vorſchriften, weil er in ſeine Rechte und Verbindlichkeiten getreten, ſchlechterdings verbunden iſt, ſondern derſelbe auch bey der verweigerten Auszahlung des Ver-

e) *L. 12. D. de R. I.* In teſtamentis plenius voluntates teſtantium interpretantur. *L. 12.* und 13. *pr. de reb. dub.*

Vermächtniſſes ungebührliche Vortheile zu erlangen ſuchet, der Legatarius aber nur de damno vitando ſtreitet [f]). Dieſe Vermuthung für die pünctliche Erfüllung eines letzten Willens und des darin begründeten Vermächtniſſes iſt billig um ſo gröſſer, wenn die von dem Erben dagegen gemachten Zweifel nur lediglich den von dem Erblaſſer gemachten Anſchlag in Abſicht derjenigen Sache, woraus das Vermächtniß nach dem Willen deſſelben abzuführen iſt, betreffen ſollten, oder die Schwierigkeiten wegen Auszahlung des Vermächtniſſes nur daher gemacht würden, weil die angewieſene Sache, woraus die Auszahlung nach der Anweiſung des Erblaſſers geſchehen ſoll, ſolches nicht erlaubet. Denn, da in den Rechten der Satz klar begründet iſt, daß überhaupt eine falſche Beſchreibung bey der unzubezweifelnden Gewißheit des letzten Willens der Gültigkeit eines Vermächtniſſes nichts entziehe [g]), ſo hat es auch dabey in dem angezogenen Fall billig das einſtweilige Bewenden, ſo lange anders nicht durch die umſtößlichſten Gründe zu beweiſen ſtehet, daß der Erblaſſer das Vermächtniß überall nicht würde errichtet haben, wenn ihm der Umſtand, daß der Werth derjenigen Sache, die von ihm zur Abführung des Vermächtniſſes ausgeſetzet worden, dazu nicht hinreichend ſey, zur Zeit des errichteten Teſtaments bekannt geweſen

f) *de* CRAMER *Tom.* 2. *Obſ.* 618. §. 5. und *Tom.* 6. *Obſ.* 1396. §. 24.

g) *L.* 17. *pr.* und §. 1. *De condict. et demonſtrat.* §. 30. *Inſt. de legat. L.* 4. und *L.* 19. *de legat.* 1.

ſen wäre h). Da nun letzteres der Regel nach nicht zu vermuthen ſtehet, vielmehr angezogenermaſſen für die Gültigkeit und Aufrechthaltung eines gültiglich errichteten letzten Willens allemal die Vermuthung ſtreitet i), ſo lieget auch dem Erben, der wider eine ſolche rechtliche Vermuthung die Ungültigkeit des Vermächtniſſes gänzlich, oder zum theil, behauptet, der Beweis davon ob. In deſſen Ermangelung iſt er zur Auszahlung des Vermächtniſſes, in ſoferne ihm nicht andere rechtliche Behelfe zu ſtatten kommen dürften, zu verurtheilen k). Ob nun zwar nach der bekannten Rechtsregel: affirmanti, non neganti incumbit probatio l), es das Anſehen gewinnen könnte, daß dem Legatario unter den angezogenen veränderten Umſtänden der Beweis von der Gültigkeit des Vermächtniſſes obliegen müſſe, ſo kann dennoch dieſer Einwand dermalen um ſo weniger in einigen Betracht kommen, als die angeführte Rechtsregel nicht

h) *L.* 4. *C. de hered. inſtituend.* *L.* 7. §. 1. *D. de tritic. vin. ol. legat.*

i) *Arg. L.* 12. *D. de reb. dub.* v. quotiens in actionibus, aut in exceptionibus ambigua oratio eſt: commodiſſimum eſt, id accipi, quo res, de qua agitur, magis valeat, quam pereat. *add. arg. L.* 67. *de Reg. Iur.*

k) LEYSER *Spec.* 399. *n.* 2.

l) *L.* 2. *D. de probat. et praeſumt.* v. Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat. *L.* 23. *C. de probat.* v. actor, quod adſeuerat, probare ſe non poſſe profitendo, reum neceſſitate monſtrandi contrarium non adſtringit, cum per rerum naturam factum negantis probatio nulla ſit. *add. L.* 4. *C. de edendo.*

nicht allein überhaupt vielen gegründeten Einſchränkungen unterworfen iſt [m]), ſondern auch insbeſondere ſodann, bekannten Rechten nach, keine Anwendung findet, wenn die Verneinung entweder die Behauptung eines gewiſſen Facti enthalten [n]), oder auch einer rechtlichen Vermuthung zuwider ſeyn ſollte [o]). Hieraus ergiebet ſich von ſelbſt, daß ein Erbe, der aus den oft angezogenen Urſachen die Auszahlung des Vermächtniſſes weigert, den Beweis, daß er hierunter der Abſicht des Erblaſſers gemäß handele, nicht von ſich abwälzen könne, ſondern ihn vielmehr gegentheils zu führen verbunden ſey, und in deſſen Ermangelung ſich der Abführung des Vermächtniſſes ſo wie ihm ſolche im letzten Willen ſeines Erblaſſers vorgeſchrieben worden, in keine Wege entziehen könne. Da auch eine jede rechtliche Vermuthung die Wirkung eines vollſtändigen Beweiſes hat [p]), keines Weges aber durch dieſe oder jene ſcheinbare Umſtände entkräftet werden kann, ſo iſt es auch dem Erben in dem angezogenen Fall, da er ſich nämlich der Auszahlung eines ſonſt unbeſtrittenen mithin gültiglichen Vermächtniſſes aus der Urſache, weil die zu deſſen Abführung von dem Erblaſſer ausgeſetzten Sachen dazu nicht hinreichend

 ſind,

m) BOEHMER *in Iur. Eccl. Proteſt. Lib.* 2. *Tit.* 19. §. 4-11.

n) COCCEJVS *Diſſ. de direct. probat. negatiuae.*

o) *L.* 25. *D. de probat.* LVDOVICI *de probabilitat. eiusque effect.* CANZ *de probabilitat. iurid.* BOEHMER *c. l.* §. 8.

p) BOEHMER *c. l. Lib.* 2. *Tit.* 23. §. 2. *ſeqq.* HELLFELD *in Iurisprudent. forenſ.* §. 40.

ſind, weigert, in keine Wege erlaubt, zu ſcheinbaren Umſtänden und wahrſcheinlichen Gründen ſeine Zuflucht zu nehmen Es lieget vielmehr und gegentheils dem Erben über ſeine Angabe, daß der Erblaſſer das Vermächtniß nicht würde errichtet haben, wenn ihm bekannt geweſen wäre, daß die zu dem Ende ausgeſetzten Sachen ſolches nicht erlaubten, mit Vorbehaltung des dem Legatario zuſtändigen Gegenbeweiſes in alle Wege ob, vollſtändige Beweisthümer wegen der Richtigkeit ſeiner Behauptung beyzubringen. In deren Ermangelung aber bleibet weiter nichts übrig, als den Erben zur Auszahlung des Vermächtniſſes, allenfalls durch behufige Zwangsmittel, anzuhalten.

Würden inzwiſchen die Erben nicht ſowohl aus der oft angezogenen Urſache, als vielmehr um deswillen, weil ſie nach der Auskehrung des Vermächtniſſes nicht den vierten Theil der ganzen Erbſchaft, oder die ſogenannte quartam falcidiam übrig behalten würden, die Auszahlung des verſchriebenen Vermächtniſſes verweigern, ſo ſind ſie damit allerdings unter denjenigen Einſchränkungen, unter welchen die Erben überhaupt die Auszahlung der Vermächtniſſe in der vorgeſchriebenen Maaße aus dem Grunde, um den vierten Theil der Erbſchaft übrig zu behalten, verweigern können, billig und in alle Wege zu hören [q]).

q) *Tot. Tit. Digeſt. ad Legem falcidiam.*

XII.
Ob dem Inhaber einer Special-Hypothek das ſogenannte beneficium excuſſionis, oder die Rechtswohlthat, vermöge deren der Hauptſchuldner vorher auszuklagen iſt, zuſtehe?

Zu den ausgemachten Rechtswahrheiten ſcheinen diejenigen Grundſätze zu gehören, nach welchen dem Pfandgläubiger, in ſoferne ihm nur ein allgemeines Pfandrecht in den Güthern ſeines Schuldners zuſtehet, von dem Beſitzer der darunter begriffenen Sachen zwar die Exceptio excuſſionis, oder, daß er zuvörderſt den Hauptſchuldner ausklage, und ſeine Bezahlung aus dem anderweitigen Vermögen deſſelben zu erlangen ſuche, entgegen geſetzet werden könne [a]), daß aber die bemel-

a) *Nouella* 4. c. 2. ſed neque ad res debitorum, quae ab aliis detinentur, veniat prius, antequam tranſeat viam ſuper perſonalibus contra mandatores et fideiuſſores et ſponſores, ſicque ad res veniens principalis debitoris, ſiue ab alio detineantur, et detinentes eas conueniens, ſi neque inde habuerit ſatisfactionem, tunc veniat adverſus res fideiuſſorum, et mandatorum et ſponſorum: idem enim eſt dicere: vel ſi quosdam habuerint homines ipſis ſibimet obligatos et qui hypothecariis actionibus ſibi teneri poſſint. Contra

bemeldete Rechtswohlthat in vermeinter Beyſtimmung der Geſetze [b]) ſodann nicht ſtatt finde, wenn jemand das einem andern namentlich und beſonders verpfändete Grundſtück in Beſitz hat, und daß in dem Fall, da eine gemeine und beſondere Hypothek zugleich verſchrieben worden, zwar dem Beſitzer der unter der erſten begriffenen Sachen, nicht aber dem Inhaber der letzteren, das beneficium excuſſionis zuſtehe [c]), im Fall nicht das Ius variandi

Contra principales tamen et exiſtentes apud eos res ſiue perſonalibus ſiue hypothecariis, mox ſiue ambabus vti voluerit, omnem ei damus licentiam, quae dudum a nobis data eſt, et viam et ordinem in aliis perſonis caſibusque ſancitam. *Add. Auth. ſed hodie nouo Iure C. de O. et A.* und *Auth. hoc ſi debitor. C. de pignoribus.*

b) *Nouella* 112. *cap.* 1. ab hoc autem litigioſi vocabulo hypothecas ſeparari decernimus et in his hanc diſtinctionem tenere: vt ſi quidem ſpeciales res mobiles, vel immobiles, aut ſe mouentes nominatim fuerint hypothecae ſuppoſitae, liceat quidem debitori eas, cui et quando voluerit, vendere, ſic tamen, vt ex pretio earum vſque ad debiti quantitatem ſatisfaciat creditori. Si autem hoc debitor non fecerit, damus licentiam creditori, qui rem venditam ſuppoſitam habet, eandem rem vindicare, donec ei ſatis pro debito fiat.

c) *L.* 2. *C. pignor.* Es macht jedoch LEYSER *Spec.* 225. *n.* 7. hiebey die gegründete Bemerkung, daß es demjenigen, der ſich auſſer dem ſchon habenden allgemeinen geſetzlichen Pfandrechte, noch ein beſonderes Ius Hypothecae verſchreiben laſſen, freiſtehe, nach eigener Willkühr das erſtere anſtatt des letzte-

variandi et eligendi dem Gläubiger Vertragsweiſe zugeſtanden ſeyn ſollte [d]). Denn auſſer dieſem Fall kann nach bewährter Rechtslehrer Zeugniß der Pfandgläubiger, dem ein Grundſtück namentlich verſchrieben worden, nur in Subſidium, und wenn letzteres notoriſch nicht hinreichet, zu den ihm nur überhaupt und im Allgemeinen verpfändeten Sachen ſeine Zuflucht nehmen [e]). Den Grund von dem angenommenen Unterſchied, vermöge deſſen dem dritten Beſitzer, der die einem andern insbeſondere verſchriebene Hypothek beſitzet, das beneficium excuſſionis nicht zuſtehen, demjenigen aber, der die unter der allgemeinen Hypothek begriffene Sache beſitzet, der Regel nach gebühren ſolle, pfleget man gewöhnlich in einer anſcheinenden Billigkeit zu ſetzen. Denn für ſo unbillig man es auf der einen Seite anſiehet, einem Gläubiger ſeine Sicherheit, die er gleichwohl lediglich und allein in der ihm verſchriebenen Special-Hypothek geſetzet hatte, durch die dem Inhaber derſelben zugeſtandene Exceptionem excuſſionis

letzteren wieder zu erwählen und ihm daher die exceptio excuſſionis nicht gemacht werden könne *L. 8. de diſtract. pignor.* weil ja derjenige, der bey einem ſchon habenden geſetzlichen Unterpfande ſich noch ein beſonderes Pfandrecht verſchreiben laſſen, ſeinen Zuſtand nur zu verbeſſern, nicht aber zu verſchlimmern zur Abſicht haben könne.

d) STRYCK *in cautel. contract. Sect.* 2. *cap.* 4. §. 17. BRUNNEMANN *ad L.* 2. *C. de pignor.*

e) MEV. *P.* 2. *Dec.* 116. und 117. LEYSER *Spec.* 225. *n.* 3.

ſionis rauben zu wollen, für eben ſo billig hält man es auf der andern Seite, daß dem Inhaber derjenigen Sache, die nur im Allgemeinen mit unter der einem andern verſchriebenen Hypothek begriffen iſt, das beneficium excuſſionis, wenigſtens ſo lange, als der Hauptſchuldner noch nicht völlig ausgeklaget worden, zuſtehen müſſe [f]). Ob nun zwar der letztere Satz keinen erheblichen Zweifeln unterworfen ſeyn kann, weil er ſich angezogenermaßen auf geſetzlichen Vorſchriften gründet [g]), ſo ſehr bedenklich iſt gleichwohl der erſtere, daß nämlich der Inhaber des einem andern insbeſondere Pfandweiſe verhafteten Grundſtücks die Exceptionem excuſſionis niemals für ſich anführen könne. Denn, ob man ſich gleich zur Beſtätigung deſſelben auf geſetzliche Ausſprüche zu berufen pfleget [h]), ſo ergiebet dennoch eine genauere Prüfung derſelben, daß ſie dasjenige würklich nicht enthalten, oder beweiſen, zu deſſen Beſtätigung man ſie gleichwohl anzuführen pfleget. Allein, dieſem allen ohngeachtet vertheidigen ſowohl ältere [i]), als neue Rechtslehrer [k]) die Allgemeinheit des

f) *de* CRAMER *Tom.* 2. *Obſ.* 656.

g) *Nouella* 4. *cap.* 2.

h) *Nouella* 112. *cap.* 1. *v. ab hoc autem.*

i) BERLICH *P.* 2. *Concl.* 24. *n.* 20. *ſeq.* CARPZOV. *P.* 1. *Conſt.* 28. *Def.* 128. *n* 5. und *P.* 2. *Conſt.* 23. *Def.* 29. MEV. *P.* 2. *Dec.* 286. *n.* 5. *P.* 5. *Dec.* 364. und *P.* 7. *Dec.* 104. und *P.* 5. *Dec.* 363. *n.* 2.

k) BOEHMER *de actionib. Sect.* 2. *cap.* 3. §. 102. LEYSER *Spec.* 225. *Coroll.* 2. CONRADI *de beneſic.*

des Satzes, daß der Inhaber der einem andern insbeſondere und namentlich verpfändeten Sache bey erhobener gerichtlichen Anſprache, in ſoferne das Pfandrecht des Klägers an und für ſich keinem Zweifel unterworfen ſeyn mögte, nicht befugt ſeyn ſolle, die Exceptionem excuſſionis für ſich anführen zu können. Ob nun gleich andere Rechtslehrer der gegenſeitigen Meynung, oder daß dem Inhaber des einem andern namentlich verſchriebenen Grundſtücks wider den Pfandgläubiger das beneficium excuſſionis zuſtehe, zugethan ſind [l]), und zum theil ſogar behaupten, daß es zur Anwendung des bemeldeten beneficii auf den Umſtand, ob die anderweitigen Güther des Schuldners, an welche der Kläger verwieſen wird, innerhalb, oder auſſerhalb Landes belegen ſind, überall nicht ankomme, wenn anders an ſich nicht zu bezweifeln ſtehe, daß jener auf dieſem Wege zu dem Seinigen ohne beſondere Schwierigkeit ge-

L 5 langen

nefic. excuſſ. poſſeſſori hypothec. ſpecial. non competente. de CRAMER *c. l.* HOMMEL *Rhaſod. Quaeſt. in foro quotid. obuenient. neque tamen legib. deciſar. Obſ.* 62.

l) FRANTZK *Lib.* I. *Reſol.* 12. *n.* 11. STRVV *in Iuriſpr. Rom. Germ. forenſ. Lib.* 2. *Tit.* 35. *aph.* 20. WERNHER *P.* I. *Obſ.* 130. und *P.* 5. *Obſ.* 36. BERGER *in Oeconom. Iur. Lib.* 2. *Tit.* 5. *Th.* 13. *n.* 4. BRVNNEM. *ad L. vlt. C. de O. et A.* HVBER *Praelect. ad Pandect. Tit. de pign. n.* 9. SCHLÜTER *Diſſ. de benefic. excuſſ. poſſeſſ. hypoth. general. et ſpecial. competent. Goet.* 1776.

langen könne [m]), ſo iſt gleichwohl die Anzahl derjenigen Rechtslehrer, die dem Inhaber des einem andern Pfandweiſe namentlich verſchriebenen Grundſtücks das beneficium excuſſionis zu nehmen ſuchen, gegen diejenigen gerechnet, die deſſen Anwendung vertheidigen, ungleich ſtärker. Da es nun keine blos willkührliche Sache iſt, gewiſſe Rechtsſätze die beſonders von wichtigen Folgen ſind, nach eigenem Gutbefinden entweder anzunehmen, oder zu verwerfen, vielmehr alles dabey auf den Ausſpruch der Geſetze ſelbſt, oder, bey dem Mangel genugſam deutlicher Vorſchriften derſelben, auf ſolche Gründe, die der Aehnlichkeit des Rechts allenthalben gemäß ſind, ankommt, ſo iſt beſonders nach dieſen Grundſätzen die ſtreitige Frage zu beantworten. Alles kommt freylich vorzüglich auf eine richtige Erklärung der angezogenen Novella 112. Cap. 1. und beſonders auf die Beantwortung der Frage an: Ob durch dieſelbe dasjenige, was in einer vorhergehenden Novella, nämlich in der Novella 4. Cap. 2. zum Beſten des Inhabers der einem andern pfandweiſe verhafteten Hypothek verordnet worden, eine Abänderung, oder wenigſtens eine Einſchränkung, erlitten habe? Viele, die dieſe Frage bejahen, pflegen ſich auf den ganzen Inhalt und Zuſammenhang der Novellae 112. Cap. 1. zu berufen. Dieſe behaupten, daß letztere Novella

m) HERT. *Vol.* 2. *Reſp.* 982. *n.* 1. Struben in dem fünften Theil der rechtlichen Bedenken *n.* 20.

vella beſonders eine rem litigioſam von einer hypotheca in re litigioſa deutlich unterſcheide und zwar in Abſicht jener die Klage wider den Dritten nondum excuſſo debitore principali der Regel nach verbiethe, allein zugleich die Einſchränkung hinzufüge, in ſoferne jene res litigioſa nicht einem andern zu einem beſonderen Unterpfand geſetzet worden [n]). Andere Rechtslehrer geſtehen zwar dem Inhaber des einem andern namentlich und insbeſondere pfandweiſe verhafteten Grundſtücks das beneficium excuſſionis zu, ſie wollen aber, daß in dem Fall, da über bemeldetes Grundſtück ein Rechtsſtreit vorgewaltet und jenes während dieſem veräuſſert worden, der Käufer ſodann das beneficium excuſſionis nicht für ſich anführen ſolle, wenn anders derſelbe nicht dafür geſorget, daß der Gläubiger von dem Kaufſchilling ſeine Befriedigung erhalten habe [o]). Allein, nicht ohne Grund bemerken andere dagegen, daß es um ſo mehr bey dem allgemeinen Ausſpruch der **Novellae 4. Cap. 2.** nach welcher dem Inhaber der einem andern pfandweiſe verhafteten Sache das beneficium excuſſionis zuſtehet, überhaupt der Regel nach um ſo mehr das Bewenden behalten müſſe, als

n) BERGER *Elect. Diſcept. forenſ. p.* 1479. SCHAVMBVRG *in Annotatt. ad* STRVVII *Iuriſpr. Rom. Germ. forenſ. Lib.* 2. *Tit.* 35. §. 20. THOMAS. *ad* STRAVCHII *Diſſertat. Diſſ.* 22. *Th.* 3.

o) PVFENDORF *Tom.* 3. *Obſ.* 67. RITTERSHVSEN *Expoſ. Nouell. P.* 3. *c.* 2. HERT. *de different. pign. gen. et ſpec. c.* 5. §. 8. FRANTZK *c. l.*

als der Kaiſer Juſtinian eben in der bemeldeten Novella die vormalige Strenge der Rechte, nach welcher ohne unter einem allgemeinen und beſonderem Pfande einen Unterſcheid zu machen, dem Gläubiger ſchlechterdings die Wahl frey ſtand, ob er actione perſonali unmittelbar ſeinen Schuldner, oder vielmehr actione reali einen jeden Inhaber der ihm pfandweiſe verhafteten Sache belangen wolle [p]), gemildert habe. Dieſe Rechtslehrer wollen daher, daß von dem allgemeinen Ausſpruch der Novellae 4. Cap. 2. nur allein in dem Fall in der Novella 112. Cap. 1. eine Ausnahme gemacht werde, wenn der Käufer die einem andern pfandweiſe verhaftete Sache gekaufet, und ob er gleich qualitatem pignoris rei emtae inhaerentem gewußt, dennoch nicht dafür geſorget hat, daß der Gläubiger von dem Kaufgelde ſeine Befriedigung erhalten möge [q]). Denn unter ſolchen Umſtämden verſiret der Käufer gewiſſermaßen in dolo, und es könnte daher ſchon aus dieſem Grunde, wenn gleich keine beſondere geſetzliche Vorſchrift vorhanden wäre, die actio reuocatoria wider ihn angeſtellet werden [r]). Auf den

p) *L.* 14. *C. de Obl. et act. L.* 14. und 24. *C. de pignor. L.* 19. *qui not. in pig.* WESTENBERG *in Princip. Iur. Tom.* 2. *Lib.* 20. *Tit.* 5. §. 16.

q) WERNHER *P.* 1. *Obſ.* 130. und *P.* 5. *Obſ.* 36.

r) *L.* 1. *D. Quae in fraudem creditor.* CARPZOV. *P.* 2. *Conſt.* 18. *Def.* 19. und *Lib.* 2. *Reſp* 72. *n.* 1. 2. MEV. *P.* 4. *Dec.* 278. SCHAVMBVRG *c. l. Lib.* 2. *Tit.* 35. §. 20.

den Fall daher, da jemand die einem andern namentlich verpfändete Sache käuflich an ſich bringet, und gleichwohl für die Befriedigung des Gläubigers von dem Kaufgelde keine Sorge träget, ob ihm gleich qualitas pignoris rei emtae inhaerens bekannt geweſen, iſt die Novella 112. Cap. 1. um ſo mehr einzuſchränken, als eines theils in der vorhergehenden Novelle 4. Cap. 2. einem jeden Inhaber der einem andern verpfändeten Sache das beneficium excuſſionis unbedingt zugeſtanden worden, und daher die Novelle 112. Cap. 1. nur von demjenigen Fall, wovon ſie insbeſondere redet, erkläret werden kann, und andern theils die ebenbemeldete Novelle ſo wenig überhaupt, als beſonders an der angezogenen Stelle, von dem Fall, da eine Sache nach erhobenem Rechtsſtreit mit dem Schuldner allererſt verkauft worden, handelt, vielmehr überhaupt verordnet, daß wider einen ſolchen Käufer, der wiſſentlich die einem andern beſonders zum Pfande geſetzte Sache an ſich kaufet, und nicht zugleich für die Befriedigung des Gläubigers von dem Kaufgelde ſorget, ohne zu unterſcheiden, ob der Gläubiger ſich ruhig verhalten, oder bereits Klage erhoben habe, die hypothecariſche Klage angeſtellet werden könne [s]).

Ob nun zwar angezogenermaßen es allenthalben einer richtigen Erklärung der Geſetze gemäß iſt, daß auch der Inhaber der einem andern namentlich

s) WERNHER *c. l.* und *P.* 5. *Obſ.* 36. FRANTZK *Lib.* 1. *Reſol.* 12. *n.* 11. *ſeq.*

mentlich verpfändeten Sache, in ſoferne er nicht der eigentliche Schuldner ſelbſt ſeyn mögte, bey etwaniger Anſprache von dem Pfandgläubiger der Regel nach und auſſer der bemerkten Einſchränkung die exceptionem excuſſionis machen könne [t]), ſo leidet gleichwohl dieſer Satz noch überdieß nach dem Gerichtsgebrauch und der Aehnlichkeit des Rechts gemäß einige Ausnahmen.

Hieher gehöret insbeſondere der Fall, wenn der eigentliche Schuldner entweder ſchlechterdings vermögenlos iſt, und die Bezahlung nicht leiſten kann [u]), oder, wenn es wenigſtens wegen der Entfernung ſeiner Perſon, oder der Entlegenheit ſeiner Güther, äuſſerſt ſchwierig iſt von ihm die Bezahlung zu erhalten [x]). Dieſe Ausnahme iſt ſtillſchweigend in der Novelle [y]), die dem Inhaber

t) Weſtphal im Privatrecht. S. 278. Weber in der ſyſtematiſchen Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. S. 67.

u) LEYSER *Spec.* 225. *Coroll.* I.

x) CARPZOV. *P.* 2. *Conſt.* 18. *Def.* 14. 20. MEV. *P.* 4. *Dec.* 48. *n.* 6. *Dec.* 192. *n.* 5. und *P.* 8. *Dec.* 398. *n.* 1. Sollte inzwiſchen der Schuldner zwar abweſend, oder auch ſein Vermögen zwar auſſer Lande belegen ſeyn, inzwiſchen die Möglichkeit, ihn zu belangen und ſolchergeſtalt unmittelbar von ihm das Seinige bekommen zu können, nicht mit beſonderen Schwierigkeiten verbunden ſeyn, ſo hat der Inhaber der einem andern pfandweiſe verhafteten Sache, auſſer der oft bemerkten Einſchränkung, allerdings das beneficium excuſſionis. Struben in dem fünften Theil der rechtl. Bedenken *n.* 20.

y) *Nouella* 4. *cap.* 1. und 2.

der der einem andern verpfändeten Sache das beneficium excuſſionis zugeſtehet, enthalten. Denn es würde in alle Wege eine vergebliche Sache ſeyn, den Hauptſchuldner belangen zu wollen, wenn derſelbe entweder ſchlechterdings vermögenlos ſeyn ſollte, oder doch auſſer Stande geſetzet wäre, über ſein Vermögen gehörige Verfügung zu treffen, oder ſich auch mit ſeinem Vermögen in entlegenen Ländern befinden mögte.

Es kann ferner der Inhaber der einem andern verpfändeten Sache das beneficium excuſſionis nicht für ſich anführen, wenn der Pfandverſchreibung die clauſula conſtituti poſſeſſorii et pacti executiui hinzugefüget ſeyn ſollte [z]).

Es iſt auch weiter nicht dem mindeſten Zweifel unterworfen, daß diejenigen, welche die einem andern pfandweiſe verhaftete Sache vermöge einer Schenkung, oder aus einer andern cauſa lucratiua beſitzen, auf das beneficium excuſſionis keinen Anſpruch machen können [aa]); es wäre dann, daß der Grund des Beſitzes nicht ſowohl auf einer gemeinen Schenkung, als vielmehr auf einer ſogenannten donatione remuneratoria, die bekannten Rechten nach von einer ganz andern Wirkung iſt [bb]), beruhen ſollte.

Auſſer

z) *L.* 18. *D. de adquirend. vel amittend. poſſeſſ.* GAIL *Lib.* 2. *Obſ.* 27. *n.* 32.

aa) BERGER *in Oeconom. Iur. Lib.* 2. *Tit.* 5. *Th.* 13. *n.* 5.

bb) LEYSER *Spec.* 463. *n.* 1.

Auſſer dieſen mit mehreren an- und ausgeführten Einſchränkungen kann nun zwar ein jeder Inhaber der einem andern pfandweiſe verhafteten Sache, in ſoferne er nicht der eigentliche Schuldner ſelbſt iſt, ohne unter einem allgemeinen und beſonderen Pfandrecht zu unterſcheiden, das beneficium excuſſionis für ſich anführen; inzwiſchen gehöret freylich die Anregung deſſelben zu den Rechten der Parthenen, worauf der Richter nicht ſowohl von Amtswegen, als vielmehr nur ſodann, wann deshalb gehörige Anträge geſchehen ſind, erkennen darf [cc]).

cc) WERNHER *P.* I. *Obſ.* 130.

XIII. Von

XIII.
Von der Strafe der Bankerutirer oder der böſen Schuldner nach älteren und neueren Geſetzen.

Unter einem Bankerut [a]) pfleget man dasjenige Verbrechen zu verſtehen, wann jemand bey einem bisher getriebenen verſchwenderiſchen Leben auſſer Stand geſetzet worden, ſeinen Gläubigern gerecht zu werden, und ſeine gemachten Schulden zu bezahlen. Derjenige daher, welcher entweder durch erweisliche Unglücksfälle, oder ſonſt, wider ſein Verſchulden, vermögenlos geworden, kann in keine Wege als ein eigentlicher Bankerutirer angeſehen und beſtrafet werden. Die Geſetze ſind vielmehr ſolchen Unglücklichen vorzüglich hold, indem ſie ihnen die dationem in ſolutum und das beneficium ceſſionis bonorum [b]), ohne irgend einigen Verluſt an ihrer Ehre befürchten zu dürfen [c]), geſtatten, und ihnen wider ihre zudring-

a) Die Namen Bankerut und Bankerutirer ſind ohngefähr im ſechszehnten, oder im Anfange des ſiebenzehnten Jahrhunderts gebräuchlich geworden, ſ. HELLFELD *in Repertor. Iur. priuat. p.* 437.

b) *L.* 1. 4. *C. qui bon. ced. poſſ. Auth. hoc niſi C. de Solut. Nouella* 4. *cap.* 3.

c) STRECKER *de ceſſ. bonor. famam non ſugillante, Erford.* 1729. Hat gleich die bloße ceſſio bono-

zudringlichen Gläubiger, die bey dem Concurs, oder der Vertheilung des noch vorhandenen Vermögens leer ausgegangen ſind, das beneficium competentiae verleihen [d]). Einem Menſchen, der blos durch beweisliche Unglücksfälle in einen vermögenloſen Zuſtand gerathen, dabey aber darthun kann, daß er ſich nicht ohne Grund mit einer Verbeſſerung ſeines Zuſtandes ſchmeichele, pfleget der Geſuch um Erhaltung eines Indults nicht ſchwer gemacht [e]), auch die Bezahlung auf Termine, oder die ſogenannte ſolutio particularis, nicht leicht verſaget zu werden [f]).

Eine ganz andere Bewandniß hat es mit den eigentlichen Bankerutirern, als welche nicht allein auf die angezogenen Vortheile unglücklicher Schuldner keine Anſprüche zu machen befugt ſind, ſondern als eigentliche Betrüger angeſehen, und daher denſelben auch in der Beſtrafung billig gleich geachtet werden müſſen. Wie nun, was die letzteren anlanget, die heutigen Rechte, wie unten mit mehrerem gezeiget werden ſoll, hierin nicht

bonorum eben keine Infamie zur Folge, ſo hat ſie doch ſowohl nach Römiſchen, als Deutſchen Rechten vielen nachtheiligen Einfluß auf die Exiſtimation eines Mannes. PUTTMANN *Diſſert. de ceſſione bonorum contumelioſa. Lipſ.* 1784.

d) §. 40. *Inſt. de act. L.* 16. 17. §. 1. *L.* 30. *de re iudicat.*

e) *L. fin. C. qui bon. ced. poſſ. L.* 4. *C. de prec. imp. offerend.*

f) *L.* 41. §. 1. *de vſur. L.* 9. *C. de Solut. L.* 21. *C. de reb. cred.*

nicht abſtimmen, ſo waren beſonders die Geſetze, ſowohl unſerer Vorfahren, als anderer Völker, in der Beſtrafung des Bankeruts noch viel ſtrenger. Denn in den ſogenannten Geſetzen der zwölf Tafeln der Römer hieß es unter andern: aeris confeſſi rebusque iure iudicatis triginta dies iuſti ſunto. Poſt deinde manus iniectio eſto, in ius dicito, ni iudicatum facit, aut qui endo in iure vindicit, ſecum ducito, vincito aut neruo, aut compedibus quindecim pondo, ne minore, aut ſi volet, maiore vincito. Si volet, ſuo viuito. Ni ſuo viuit, qui Em vinctum habebit, libras farris in dies dato. Si volet plus dato, tertiis nundinis partes ſecanto, ſi plus minusue ſecuerint, ſe fraude eſto. Wann nun gleich einige dieſe Stelle lediglich nach den Worten erklären wollen und dem zufolge behaupten, daß es bey den Römern den Gläubigern erlaubt geweſen ſey, nicht allein ihren Schuldner zu tödten, ſondern ſogar zu zerſtücken und ſeinen Körper unter ſich zu vertheilen [g]); ſo zeigen gleichwohl andere mit beſſerem Grunde das Gegentheil [h]). Nach der letzteren Meynung wurde ein böſer Schuldner bey den Römern blos ein gemeinſchaftlicher Sclave ſeiner Gläubiger, welche demnach denſelben verkaufen,

M 2 und

g) LÜD. MENCKEN *de truculent. Iur. Rom. erga Debitor. Viteb.* 1729. und *in Progr. de hiſtor. et fat. debitor. obaerat.*

h) BYNCKERSHOECK *Obſeruat. Iur. Rom. Lib.* 1. *cap.* 1. SCHAVMBVRG *Progr. de ſect. in partes occaſ. leg. decemuiral. Ien.* 1746.

und von dem gelöſeten Gelde ſich bezahlt machen konnten. In den älteren Zeiten Deutſchlandes, da aller Handel faſt blos in einem Tauſch beſtand, gehörte der Bankerut zu den unbekannten Verbrechen. Mit der Zeit aber wurde ſowohl nach den ſächſiſchen, als andern deutſchen Rechten die Leibeigenſchaft eine Strafe derjenigen, die andere muthwillig um das Ihrige betrogen hatten [i]). Denn ſo ordnet beſonders das Sächſiſche Land-Recht [k]): „wer da Schuld fordert vor Gericht „auf einen Mann, der nicht gelten mag, noch „Bürgen ſetzen, der Richter ſoll ihm den Mann „ausantworten für das Geld, den ſoll er halten „gleich ſeinem Eingeſinde mit Speiſe und mit Ar„beit. Will er ihn dann ſpannen mit einem Half„ter, oder mit einem Feſſer, das mag er auch „thun, anders aber ſoll er ihn nicht peinigen. „Läßt er ihn losgehen, oder entläuft er ihn ſonſt, „damit iſt er des Geldes nicht ledig, dieweil er „ihm vergolten hat, und die Bezahlung auch nicht „vollbringen kann, ſo iſt er immer ſein Pfand „für das Geld.“ Wenn gleich das neuere Sächſiſche Recht den Schuldthurm den Bankerutirern beſtimmet, ſo iſt dadurch dennoch zugleich die vormalige Leibeigenſchaft in Abſicht derſelben nicht aufgehoben, ſondern vielmehr beſtätiget worden [l]).

Mit

i) VOIGT *de addict. ad manus.* ENGAV *de tradit. debitoris ad manus Creditoris*, *Ien.* 1746.

k) B. 3. Art. 39.

l) Conſtitution vom Churfürſten Auguſt Th. 2. Conſt. 22.

Mit demjenigen, was die Sächſiſchen Rechte wegen der Leibeigenſchaft böſer Schuldner vorſchreiben, ſtimmet beſonders das Lübeckſche Recht B. 1. Tit. 3. Art. 1. überein, als woſelbſt es merklich heißt: „wenn man ſein Guth auftragen „und Bonis cediren will von Schulden, die ihm „mit Recht abgemahnet worden, ſo mag der Klä„ger und Gläubiger ſich bedenken bis zu den ne„heſten Gericht, ob er ſich will an das Guth hal„ten, oder aber auch die Perſon zu eigen anneh„men. Auf dem erſten Fall mag er das Guth „ſchätzen und waradiren laſſen und ſeine Bezah„lung daraus ſuchen. Zum andern nimmt er die „Perſon an, mag er denſelben gefänglich einzie„hen laſſen und halten, als einen Schuldgefange„nen; will er ihn aber zu eigen annehmen und er „ihm alſo gerichtlich übergeben wird, ſoll er ihn „ſpeiſen, als das Geſinde und verwahren, wie „man am beſten kann, auch wohl anlegen, wenn „er will, doch, daß ihme an ſeiner Geſundheit „kein Schaden geſchehe. Er ſoll ſeinem Herrn „ſeine Arbeit thun, würde er aber entlaufen aus „ſeines Herrn Verwahrung, ſo ſoll ihm an ſeiner „Erledigung das Gericht nicht verhindern; will „er ihn aber lediggehen laſſen, damit er ſich löſen „mögte, das ſtehet auch in ſeinem Gefallen. „Würde er darnach auch von jemand anders ge„halten, hat er dennoch etwas von dem Seinen „übrig, ſo mag er ſich damit ohne Widerrede „desjenigen, dem er erſtlich an die Hand gegeben „worden, löſen.“ Es iſt bey dieſer Vorſchrift des Lübeckſchen Rechts insbeſondere zu merken,

 daß

daß die den böſen Schuldnern beſtimmte Leibeigenſchaft nur eigentlich ſodann ſtatt finden könne, wenn jemand durch eigenes Verſchulden in vermögenloſe Umſtände gerathen iſt, und daher ſeinen Gläubigern die Bezahlung nicht leiſten kann. Es findet auch die vorgeſchriebene Leibeigenſchaft ſodann keine Anwendung, wenn die Gläubiger aus den Güthern ihres Schuldners ihre Befriedigung erhalten, oder auch darauf nicht gerichtlich angetragen haben. Es dauret überdieß die Leibeigenſchaft der böſen Schuldner nach Lübeckſchen Recht nicht beſtändig, oder auf Lebenslang, und gehet auch nicht auf die Kinder. Es ſoll auch dem zu eigen übergebenen Schuldner ſeine zu leiſtende Arbeit angerechnet und von ſeiner Schuld nach und nach abgezogen werden m). Dieſerhalb ordnet das **Lübeckſche Recht** an der angezogenen Stelle, „daß der Herr ſeinen Leibeigenen ledig gehen „laſſe, damit er ſich löſe.“ Es iſt inzwiſchen ein ſolcher leibeigen gewordener Schuldner verbunden, ſeines Herrn Arbeit nach deſſelben eigenen Verfügung zu verrichten und letzterer mag ihn verwahren, wie er am beſten kann, auch allenfalls anlegen und ſchlieſſen laſſen, inzwiſchen muß er ihn, wie ſein übriges Geſinde ſpeiſen. Von der Leibeigenſchaft inzwiſchen, die nach dem Lübeckſchen Recht

m) MEVIUS *in Comm. ad Ius Lubec. cit. art. n.* 116. berufet ſich auf eine Urthel, vermöge deren einem Schuldner, welcher ſeinen Gläubigern zu eigen übergeben worden, täglich zwey Schillinge abgerechnet worden.

Recht den böſen Schuldnern beſtimmet iſt, ſind Adeliche, Doctores, Geiſtliche, Minderjährige und andere, die das beneficium competentiae haben, ausgenommen. Den Grund von dieſer Ausnahme glaubet **Mevius** n) in den Worten des Lübeckſchen Rechts: gleich ſeinem Eingeſinde, zu finden, als welches nur von niedern und geringen, nicht aber von vornehmen und privilegirten Perſonen, zu verſtehen ſey. Nach der Meynung des **Mevius** kann in Abſicht der eben angeführten Perſonen nicht einmal das Gefängniß, oder der Schuldthurm ſtatt finden, weil ſolcher die Stelle der vormaligen Annahme zu Hand und Halfter vertrete, es wäre dann, daß eine beſondere Größe des Betruges und des Vorſatzes vorhanden ſeyn mögte, da es denn bey der gemeinen Regel das Bewenden behalten müßte. Frauensperſonen können nach der ausdrücklichen Vorſchrift des Lübeckſchen Rechts ihren Gläubigern nicht zu Hand, oder zu eigen übergeben werden; zur Genugthuung der Gläubiger iſt inzwiſchen in dem **Lübeckſchen Recht B. 1. Th. 3. Art. 1.** folgendes verordnet: „hiemit iſt verbothen, Frauensperſonen den Creditoren an die Hand zu geben, die nicht bezahlen können, doch mag der Creditor ihnen zu allen Zeiten, wenn er ſie betrift, das oberſte Kleid abnehmen, bis ſo lange ſie bezahlet hat.“ Dieſe Genugthuung, welche das Lübeckſche Recht den Gläubigern in Abſicht auf ihre Schuldnerinnen einräumet, findet alsdann nicht ſtatt, wenn

n) *c. l. n.* 41. 53.

Frauensperſonen nachhin ihre Gläubiger wirklich befriedigen, durch Bürgen, oder Pfänder Rath ſchaffen, oder auch ſchwere Unglücksfälle zu ihrer Entſchuldigung mit Grunde anführen können [o]). Heutiges Tages iſt die Leibeigenſchaft der Schuldner bey der Einführung der Schuldthürme auſſer Gebrauch, und man pfleget daher an denjenigen Oertern, wo ſolche ehemals ſtatt fand, die böſen Schuldner entweder, bis ſie ihre Gläubiger bezahlet haben, in Schuldthürme einzuſchlieſſen, die Bankerutirer aber beſonders zum Zuchthaus, oder zur Gefangenſchaft auf einige Jahre zu verurtheilen, obwohl Mevius [p]) der Meynung iſt, daß auch noch auf die Leibeigenſchaft, oder auf die Uebergabe zu Hand und Halfter erkannt werden müſſe, wenn die Gläubiger darauf zu dringen gerathen finden ſollten.

In denjenigen Ländern, wo der Schuldthurm beſonders den böſen Bezahlern beſtimmet iſt, hat man gewöhnlich auch beſondere Vorſchriften, die ſich auf die Verpflegung von jenen beziehen. In Hamburg muß unter andern ein Gläubiger zu dem Unterhalt ſeines Schuldners täglich einen Schilling Lübiſch bezahlen. In Entſtehung deſſen ordnet das Hamburgſche Recht im 1ſten Theil im 41ſten Titel §. 13. folgendes: „würde „aber der Gläubiger den Schuldner in Verhaf„tung zu nehmen nicht begehren, noch, wie vor „geſetzt,

o) Stein in der Abhandl. des Lübeckſchen Rechts B. 1. Tit. 3. §. 77.
p) c. l. n. 116.

„geſetzt, unterhalten wollen, ſondern andere Mit-
„tel gegen ihn vorzunehmen bitten: ſo ſoll auf
„des Klägers Anfoderung der Beklagte den Eyd
„der Armuth ſchwören und ſich dieſer Stadt und
„Gebiethe ſo lange zu enthalten ſchuldig ſeyn, bis
„er den Kläger befriediget, oder ſich mit ihm ver-
„glichen und ſoll ihn davon die ceſſio bonorum,
„oder die Abtretung ſeiner Güther nicht entledi-
„gen." Es kann auch nach den Hamburgſchen
Rechten ein Schuldner ſeine ganze Schuld durch
das Gefängniß tilgen, oder, wie man zu reden
pfleget, abſitzen, gleich es denn in demſelben a.
O. §. 13. merklich heißt: „Und ſo die Schuld
„nicht ein tauſend Mark Lübiſch übertrift, ſoll er
„ein Jahr lang, da ſich aber die Schuld höher
„erſtrecket, ſoll er ſoviele Jahre auf dem wieſer
„Baum ſitzen, ſo viel tauſend Mark er ſchuldig
„bleibet, und nach Ausgang ſolcher Jahre der
„Verhaftung entlaſſen und der Schuld halben ge-
„freyet ſeyn."

In dem zwölften und den folgenden Jahrhun-
derten ſuchte man durch ſogenannte Einlager ei-
ne prompte Bezahlung zu befördern, ſo wie das
Schuldenmachen, oder die vielen Bankerute zu
verhindern. Es beſtand aber das Einlager eigent-
lich in der Verpflichtung des Schuldners gegen
ſeinen Gläubiger, daß, im Fall er in dem be-
ſtimmten Zahlungstermin nicht einhalten würde,
er ſich auf einem ſolchen Fall an einem feſtgeſetz-
ten Ort einfinden, und von dannen nicht eher, als
bis er ſeine Gläubiger befriediget habe, weichen
wolle. Das Einlager fand nicht allein bey dem

Schuldner ſelbſt, ſondern auch bey deſſen Bürgen ſtatt. Nicht allein bloße Privatperſonen, ſondern auch ſogar mächtige Könige und Fürſten, verbanden ſich bey dem Selbſtzwang des Einlagers, wie ſolches die Geſchichtſchreiber insbeſondere vom Kaiſer Karl IV. Franz dem Erſten, Könige in Frankreich, Wenzeslaus, Churfürſten in Sachſen und Balthaſar, Landgrafen in Thüringen erzählen q). Obzwar die Haltung des Einlagers und die Verbindung darauf in keine Wege für ſchimpflich gehalten wurde r), ſo war es dennoch verbothen, ſolches auſſerhalb dem deutſchen Reich zu halten s). Obwohl der ehemalige Gebrauch des Einlagers auch in den Mecklenburgſchen Landen nicht zu bezweifeln ſtehet, indem er ſich auf geſetzlichen Beſtätigungen gründet t), ſo hat man gleichwohl in den neueren Zeiten von deſſen Anwendung keine Beyſpiele. Es erhält ſich das Einlager heutiges Tages noch in den Hollſteinſchen Landen, und iſt ſolches in Anſehung derſelben durch die Vorſchrift deutſcher Reichs-

q) Müllers Staats-Cabinet 2ter Theil *p.* 1. *ſeqq.* POTGIESSER *de obſtagio perſonali cap.* 3. *in fin.*

r) Freccius Widerlegung der ungegründeten Meynung, daß die Beziehung des Einlagers der Ehre nachtheilig ſey, Hamburg 1732.

s) Reichsabſchied von 1548. Art. 17. §. 9.

t) Die Mecklenburgſchen Landes-Reverſalen von 1621. §. 20. Beyſpiele von dem Gebrauch des Einlagers finden ſich ſchon vom Jahr 1562. ſ. Mantzel in den Bützowſchen Ruheſtunden Th. 14. S. 23.

Reichsgeſetze beſtätiget [u]). Auſſer Hollſtein iſt das Einlager in Deutſchland nicht mehr gebräuchlich [x]).

Auſſer den bisher angeführten Mitteln, böſe Schuldner zur Zahlung in der beſtimmten Friſt anzuhalten, hatte man ehemals noch mehrere. Dahin gehörten beſonders die Verpflichtung bey Strafe des Bannes, auf die Beläutung mit den Glocken, und die Verbindung auf Schmähſchriften und Schandgemälde [y]). Die Einrichtung der Verbindung auf Schmähſchriften und Schandgemälde war folgende: Man verſprach in einer beſtimmten Friſt zu bezahlen, und falls man ſolches nicht erfüllen würde, ſolle der Gläubiger die Befugniß haben, in dem zu dieſer Abſicht in der Verſchreibung leer gelaſſenen Raum zum Schimpf und Nachtheil des Schuldners, zu malen und zu ſchreiben, was ihm belieben würde, auch ſolches öffentlich bekannt zu machen. Der ſelige Mantzel führet in den Bützowſchen Ruheſtun-

u) *Inſtr. Pac. Oſnab. art.* 8. §. 5. Reichsabſchied von 1654. §. 170. Von den in den Holſteiniſchen Landen auf den Gebrauch des Einlagers ſich beziehenden Landesgeſetzen ſ. HELLFELD *c. l. p.* 1409.

x) Reichs-Policey-Ordnung von 1577. Art. 17. § 10.

y) BRUNQUELL *de pictur. famoſ. et de pact. quo maiores noſtri ſub pictura famoſa ſe obligarunt.* PET. MÜLLER *de obligat. ſub infam.* beym Schelmſchelten.

ſtunden [z]) ein Formular von einer Obligation auf Einlager, Schmähſchriften und Scheltworte vom Jahr 1570 an, welches ich, da jene Ruheſtunden, beſonders auswärtig, nicht in aller Händen ſind, der Seltenheit wegen hier wörtlich anführe. „Wir Buſſo und Kuehne von Döhren, „Erbgeſeſſen zu Rehberge bekennen öffentlich, mit „dieſem unſerm Brief, vor uns, unſere Erben „und Erbnehmen (die Summe beträgt 3525 Gül„den, wofür ſich Dreyzehn namentlich mit ver„ſchrieben) und wir jetzt genannte Bürgen beken„nen ſämptlich und ſünderlich, daß wir Georg „von Döhren, ſeinen Erben und Erbnehmen von „Buſſo und Kuehne von Döhren, ihre Erben „und Erbnehmen für die obgenannte Haupt„Summe und Rente als Sachweldige, ſelb„ſchuldige Bürgen, bey unſern adelichen Ehren „und Treuen mit geſampter ungeſchiedener Hand, „einer für alle und alle für einen angelobt und uns „verpflichtet haben, derogeſtalt und alſo, wo ſichs „begebe, daß Buſſo undt Kuehne von Döhren, „oder ihre Erben mit obbeſtimter Zahlung ſeumig „würden, und Georg von Döhren, ſeine Erben „oder Erbnehmen uns Bürgen derhalben ein„mahnten ſchriftlich oder müntlich, es wär Haupt„ſtuel, Rente, oder beweißlich darauf ergangen „Schaden betreffend, ſo ſollen und wollen wir „Bürgen

z) Theil 25. S. 27. Verſchiedene Arten und Formeln von dergleichen Verſchreibungen findet man bey dem LUDWIG *in Reliq. manuſcript. T.* II. *p.* 222. und *T.* I. *p.* 361.

„Bürgen insgeſammpt ohn alles fürwenden oder „entſchuldigen, ein jeder in eigener Perſon mit „einem Knechte und zweyen Pferden zu Neubran„denburgk in eine ehrliche nahmhaftigk gemachte „Herberge einreiten, ein rittermaſſiges Inlager „halten, als ehrliebenden vom Adel wohl anſte„het, und daraus bey Tage, oder Nacht nicht „ehr weichen, es ſey denn Georg von Döhren, „oder ſeinen Mitbeſchriebenen ir Geld an Haupt„ſtuel und Rente und alles, ſo drauf gegangen, „ful und zur Genüge, entricht und bezahlt. Dar„für wir Bürgen keine Gunſt, Freyheiten, Ex„ception, oder Beneficien der Rechte, noch eini„ger Obrigkeit Conſtitution, Argliſt, oder Ge„fehrde, neue, oder alte Fünde, wie dieſelben „dieſer Verſchreibung zuwieder, oder die damit zu „ſchwechen, erdacht werden mügen, gebrauchen, „noch uns darmit beſchützen ſollen, noch willen „keineswegés, würden wir Bürgen in dieſem un„ſern Gelübde ſeumig ſein, daß dieſer Vorſchrei„bung nicht genug geſchege, ſo geben wir dem „Inhaber dieſes Briefes Macht und Gewalt, uns „mit Schmähſchriften, Scheltworten und wie „ihm Not iſt, zu vorfolgen, bis wir gehalten und „bezahlt haben nach laut dieß Brieffs. Were „auch in dieſen Brieffe was verſeumpt in Tichten, „oder Schreiben, oder, daß ehr ſünſten löcherig, „oder naß würde, daß ſoll uns Hauptmannen „und Bürgen zu keinen framen und Brieffs In„habern zu keinen Schaden kommen, ſondern al„les getreulich und ungefehrlich. Alle hirin ver„zeichnete Artickel und Punkten geloben — Ac-

„tum

„tum im Jahr nach Chriſti unſers Heylandes „Geburt Funfzehnhundert und ſiebenzigk. Am „Tage trium Regum.“ Der Gebrauch, ſich beſonders auf Schmähſchriften zu verbinden, kam nach dem Interregno auf, und war vordem in Deutſchland ſehr allgemein [a]). Denn ſelbſt bey dem Reichs-Kammergericht pflegte man wenigſtens auf dergleichen Verbindungen Mandata ſine Clauſula zu erkennen [b]); inzwiſchen ſind heutiges Tages alle dergleichen Verbindungen auf Schmähſchriften in Deutſchland aufgehoben, und in den Reichsgeſetzen verbothen [c]).

Die Bankerutirer wurden auch ehedem zum Hunde- [d]) und Steinetragen, imgleichen dazu verurtheilet, ſich auf dem ſogenannten Laſterſtein an öffentlichen Plätzen zu jedermanns Verſpottung am hellen Mittage niederzuſetzen [e]). In Mecklenburg und an einigen andern Oertern Deutſchlands mußten vordem die Schuldner, nachdem ihnen alle Güther genommen waren, ſich öffentlich auf dem Markt mit aushängenden ledigen Taſchen darſtellen; an andern wurden ſie durch

a) POTGIESSER *de obſtag. perſonal. eiusq. antiq. in German. vſu*, Marb. 1722.

b) Cramer in den Wetzlarſchen Nebenſtunden Th. 77. *n*. 4.

c) Reichs-Policey-Ordnung von 1577. §. 7.

d) Von dieſer ehemal in Deutſchland üblichen Strafe ſ. CRVSIVS *de κυνοφορια ſiue canum portat. poena apud Saxones vſitata.*

e) MEV. *Theatr. conc. cred. c.* 1. *Th.* 37. *n.* 27.

durch die Gaſſen geführet, und die gemeinen Jungens trugen vorne und hinten ledige Beutel. Der ſelige Mantzel f) vermuthet nicht ohne Grund, daß von dieſer alten Gewohnheit das niederſächſiſche Sprüchwort: he geith, aß wenn he uhtſchüddet wår, herzuleiten ſey. Die Hanſeeſtädte machten im Jahr 1620 wider die Bankerutirer eine beſondere Verordnung, worinnen es unter andern heißt: „Daß nach vorhergegangener „Declaration nicht allein die Schandglocke über ſie „geläutet, ſondern ſie auch mit öffentlicher Anſtel„lung an den Pranger, ewiger Landes-Verwei„ſung, auch nach vermerkten Umſtänden als Diebe „und Falſarii an Leib und Leben geſtrafet werden „ſollen g).“ An einigen Oertern wird den Bankerutirern bey der öffentlichen Ausſtellung ein Zettel, welcher eine kurze Anzeige des begangenen Betrugs enthält, an die Bruſt geheftet, an andern müſſen ſie ein gelbes Baret tragen h), an andern

f) A. O Th. 21. S. 29.

g) LVDOVICI *Diſſ. de eo quod iuſtum eſt circa Campanas*, *Hal.* 1739. §. 44.

h) Dieſes findet beſonders in Chur-Sachſen ſtatt, ſ. *Reſolut. ad Grauam.* von 1661. Tit. von Juſtitien Sachen §. 78. „Und da ein Fallit in un„ſern Landen ſeinen Gläubigern nicht vollſtändig „Zahlung leiſten könne, gleichwohl aber ſie zu guth„willigen Remiſſion und zur Erlaſſung der Haft „vermögen thäte, uff ſolchem Fall zwar auf freyen „Fuß geſtellet, jedoch eine Zeitlang nach des Iudi„cis Ermäßigung zu Anzeigung ſeines in Nachläßig„keit und Verſchwendung geführten Lebens einen „gelben

andern werden ſie beſonders zum Tobackſpinnen [i]), oder ſonſt zu ſchweren Arbeiten verurtheilet, bis ſie der Schulden halben befreyet, oder derſelben gänzlich entlaſſen ſind [k]). Nach einer Verordnung der Stadt Wismar [l]) ſollen muthwillige Bankerutirer mit umgehangenen Ruthen an den Pranger geſtellet und der Stadt verwieſen, auch nach der Größe des Vorſatzes und des verurſachten Schadens am Leib oder Leben beſtrafet werden. Ein flüchtiger Bankerutirer ſoll mit Steckbriefen verfol-

„gelben Huth tragen, und andern ſeines gleichen „beſſer, als er hauſzuhalten, ein Beyſpiel damit „geben ſoll,“ ſ. auch die **Leipziger Handlungs-Ordnung** Tit. 22. Da inzwiſchen dieſe Vorſchrift ihren Endzweck nicht erreichte, und die Betrügerey dadurch nicht vermindert wurde, ſo iſt in dem **Churſächſiſchen Bankerutier-Mandat** vom 27. Jun. 1724. verordnet worden, daß der Richter bey einem vorgegangenen Bankerut es nicht blos bey dem gelben Huthtragen bewenden laſſen, ſondern vielmehr die Infamie gegen die Betrüger beſonders ausſprechen ſolle, ſ. den **Geiſt der Criminalgeſetze, Hamburg** 1777. *n*. 5.

i) Unter andern ſollen in Nürnberg über den Eingang des Werkhauſes folgende Worte geſchrieben ſtehen: „Wer keine Seid hat nie geſponnen, mehr „hat verthan, als er gewonnen, der gehe ein zu „dieſer Thür, und ſpinne nun Toback dafür,“ ſ. MANTZEL *de ergaſt. prouincial. comm. adornandis.*

k) **Die Nieder-Oeſterreichiſche Executions-Ordnung** Tit. 3. §. 13.

l) **Die Verordnung wider boshafte Schuldner und Bankerutirer** v. J. 1750.

verfolget, und im Fall man ſeiner dennoch nicht wieder habhaft würde, öffentlich für ehrlos erkläret, und ſein Name an den Pranger geſchlagen werden.

Obzwar die peinliche Gerichts-Ordnung die eigentliche Strafe der Bankerutirer nicht genau beſtimmet, ſo wollen gleichwohl verſchiedene deutſche Reichsgeſetze m), daß muthwillige Bankerutirer den Dieben gleich geachtet, zu keinen Aemtern, Ehren und Würden gelaſſen werden, und keinen Anſpruch auf Indulte und Moratorien die den unglücklichen Schuldnern ſonſt bewilliget zu werden pflegen, machen ſollen. Ob es nun gleich bey dem Mangel beſonderer Landesgeſetze bey demjenigen, was die deutſchen Reichsgeſetze des Bankeruts wegen verordnen, das Bewenden behält, ſo iſt es dennoch nach dem Gerichtsgebrauch keinem Zweifel unterworfen, daß auch die Bankerutirer, in ſoferne in dieſem oder jenem Lande nicht etwas Näheres verfüget worden, nach den Grundſätzen, die von dem Laſter der Verfälſchung und der Betrügerey gelten, beſtrafet werden, auch überdieß nicht allein ihre etwa bekleideten Ehren-Aemter verlieren, ſondern auch alle Hofnung, dazu zu gelangen, aufgeben müſſen n). Wann nun gleich letzteres Verbrechen nach der Größe der Bosheit und des verurſachten Schadens, nach der peinlichen

m) Reichs-Policey-Ordnungen von 1548. Tit. 22. §. 1. und von 1577. Tit. 23. §. 2.

n) Grundſätze des deutſchen peinlichen Rechts. Dritte Ausgabe. §. 442.

chen Gerichts-Ordnung, am Leibe oder Leben zu beſtrafen iſt [o]); ſo pfleget dennoch der Gerichtsgebrauch von der Strenge der Geſetze in Erkennung der Todesſtrafe wegen bloßer Betrügerey abzugehen, und höchſtens nur bey einer Leibesſtrafe ſtehen zu bleiben [p]), in ſoferne nicht eine ganz beſondere Bosheit und eine ausnehmende Größe des verurſachten Schadens die That graviren ſollte, da denn, gleichſam vermöge einer Ausnahme, auf die Todesſtrafe, oder auf den Strang erkannt werden kann [q]). Bey ſo bewandten Umſtänden kann demnach eines bloßen Bankeruts wegen meinem Bedünken nach nicht leicht auf die Todesſtrafe, ſondern vielmehr auf eine andere, welche gewöhnlich nach Beſchaffenheit der Größe der Bosheit und des verurſachten Schadens in Gefängniß, Verurtheilung zum Zuchthaus, oder andern ſchweren Arbeiten auf ein oder mehrere Jahre beſtehet, erkannt werden. Wollen nun gleich andere Rechtslehrer [r]), daß, weil die Bankerutirer nach den Reichsgeſetzen ſich mit den Dieben wohl vergleichen, dieſelben auch bewandten Umſtänden nach, als andere Diebe am Leben beſtrafet werden könnten;

o) Art. 112. und 113. P. G. O.

p) KRESS *ad art.* 112. *CC.* §. 11. *n.* 3. Meiſter in den rechtl. Erkenntniſſen in peinl. Fällen im 2ten Theil. *Dec.* 51.

q) Carrach in den rechtl. Urtheilen und Gutachten in peinl. Fällen *Obſ.* 1.

r) HOFFMANN *Diſſ. de Iuſtitia poen. capital. debitoribus obaerat. imponendae, Ien.* 1727.

ten; ſo iſt dennoch dagegen zu erwägen, daß in den Reichsgeſetzen, wie der Augenſchein ergiebet, die Vergleichung der Bankerutirer mit den Dieben nur verhältnißmäßig, mithin nicht in Abſicht der Strafe, ſondern vielmehr lediglich nur, um die eigentliche Beſchaffenheit des Verbrechens zu beſchreiben und kennbar zu machen, geſchehen ſey. Ueberdieß ließe ſich daraus, geſetzten Falls, daß die Vergleichung auch beſonders auf die Art der Strafe gerichtet wäre, nicht im mindeſten die Folge ziehen, daß nun ein muthwilliger Bankerutirer Inhalts der Reichsgeſetze ſchlechterdings am Leben beſtrafet werden müſſe, indem nach der peinlichen Gerichts-Ordnung s) nicht alle und jede Diebe am Leben beſtrafet werden, vielmehr nach dem Gerichtsgebrauch das Erkenntniß der Todesſtrafe, wegen bloßer Diebſtähle ſehr vielen gegründeten Einſchränkungen unterworfen iſt, und gleichſam nur vermöge einer Ausnahme bey vorhandenen beſonders beſchwerenden Umſtänden ſtatt findet.

Da nun die eigentliche Strafe der Bankerutirer am meiſten und vorzüglich nach den Grundſätzen des Laſters der Verfälſchung und der Betrügerey zu beſtimmen iſt; ſo folget daraus von ſelbſt, daß alle diejenigen Umſtände, die bey jener als Gründe zur Milderung der Strafe in Betracht kommen, auch bey einem begangenen Bankerut in Erwägung zu ziehen ſind, und daß daher nach der Größe und Beſchaffenheit des Vorſatzes und des

M 2

s) Art. 157. 158. 159. 160. 161. P. G. O.

des verurſachten Schadens auch eine gröſſere, oder geringere Strafe billig zu erkennen ſey. Würde auch derjenige, der in vermögenloſe Umſtände gekommen iſt, nachhin vielleicht Gelegenheit finden, ſeinen Gläubigern Befriedigung zu leiſten, oder würden die letzteren ſich mit ihrem gemeinſchaftlichen Schuldner in einem Accord einlaſſen, oder wenigſtens für ihn Vorbitte einlegen, ſo pfleget die Strafe, wo nicht gar nachgelaſſen, doch wenigſtens gemildert zu werden; es wäre dann, daß ein Bankerutirer ſeine Gläubiger lediglich durch hinterliſtige Berückungen und Beredungen zum Accord verleitet haben ſollte, da denn in dieſem letztern Fall der getroffene Accord dem Bankerutirer unter keinen Umſtänden zur Milderung der Strafe gereichen könnte, vielmehr die Obrigkeit von Amtswegen zu verfahren und zu ſtrafen befugt bliebe.

Wenn gleich verſchiedene ſtatutariſche Rechte bey dem Bankerut unter Vorſatz und Nachläßigkeit keinen Unterſcheid machen, vielmehr, ohne darauf zu ſehen, ob der Bankerut in erſterem, oder in letzterer ſeinen Grund habe, einerley Strafe erkannt wiſſen wollen, ſo hat es gleichwohl keinen Zweifel, daß in Ermangelung beſonderer Landesgeſetze, derjenige, welcher nicht ſowohl durch ein üppiges und verſchwenderiſches Leben, als vielmehr bloß durch Fahrläßigkeit in vermögenloſe Umſtände gerathen iſt, und daher ſeine Gläubiger nicht befriedigen kann, zwar nicht als ein eigentlicher Bankerutirer zu beſtrafen; inzwiſchen nicht

von aller Strafe zu entbinden t), vielmehr nach dem Ermeſſen vernünftiger Richter mit einem Gefängniß von einigen Monathen zu beſtrafen ſey.

Im Fall verſchwenderiſche Ehefrauen den Bankerut ihrer Ehemänner veranlaſſet, oder wenigſtens befördert haben, ſo ſind dieſelben nicht allein als eigentliche Theilnehmerinnen und Beförderinnen anzuſehen, und nach richterlichem Ermeſſen verhältnißmäßig zu beſtrafen, ſondern es hat auch nach den Meynungen angeſehener Rechtslehrer kein Bedenken, daß einer verſchwenderiſchen Ehefrau, die ihr Eingebrachtes mit durchbringen geholfen hat, nach entſtandenem Concurs über ihres Ehemannes Vermögen, die ihr ſonſt zu

t) Die Mecklenburgiſche Policey-Ordnung von 1572. Tit. von wucherlichen Contracten ſtimmet damit überein, als worin es merklich heißt: „Weil auch die Schuldner oftmals aufſtehen und „ihre Gläubiger nicht bezahlen; ſo wollen wir hie„mit gnädiglich unſere Unterthanen gewarnet und an „ſie geſonnen und begehret haben, daß ſie auf ihre „Sach gute Achtung geben, und ihr Geld auſſer „Landes ihnen ſelbſt zum Schaden und Verderb „nicht ausleihen, und dadurch nach unziemlichen Ge„nieß und Wucher nicht trachten. Da aber ſolches „geſchehen und ſie in Schaden dadurch kommen wür„den, ſollen ſie ſolchen erlittenen Schaden nicht al„lein uns nicht, ſondern ihnen ſelbſt und ihrem un„zeitigen, unrechtmäßigen Geitz klagen, und dane„ben auch wiſſen, weil ſie das Ihre gemißbrauchet „und wider göttliche und Kaiſerliche Rechte gethan, „daß wir derowegen ſie auch ferner in Strafe zu „nehmen, nicht unterlaſſen wollen.“

gut in den Rechten verordnete Wohlthaten nicht füglich zu ſtatten kommen können u). Es iſt auch in der Churbraunſchweigſchen Bankerutirer-Ordnung davon insbeſondere folgendergeſtalt verſehen: „Wann die Creditores mit Grund „darthun und beyzubringen vermögen, daß der „Mann durch üppiges, verſchwenderiſches Leben, „oder ſonſt durch Verſchulden ſeiner Frau in üblen „Zuſtand und Falliment gerathen, alsdenn ſollen „die den Frauen ſonſten in Rechten zu guthe vor„ordneten beneficia derſelben keines Weges zu „ſtatten kommen, ſondern ſie derſelben vielmehr „gäntzlich verluſtig, mithin von ihrem eingebrach„ten dote und übrigen illatis ehender nichts zu fo„dern, befugt ſeyn, bis die ſämtlichen Creditores, „es mögen dieſelben hypothecarii, oder andere „ſchlechte Gläubiger ſeyn, wenn ſie nur, daß „die liquidirte Foderung richtig ſeyn, dociret „und beygebracht, ihre völlige Befriedigung er„langet.“

Nach den Mecklenburgſchen Rechten ſollen die Bankerutirer, oder die muthwilligen Schuldner nicht allein zum Schuldthurm verurtheilet werden x) und darin von ihren Gläubigern zu ihrem Unterhalt täglich nur einen Schilling erhalten, ſondern ſie ſollen auch zum beneficio ceſſionis, um ſich dadurch von der gefänglichen Einziehung

u) Struben in dem fünften Theil der rechtlichen Bedenken *n.* 77.

x) Landes-Verordnungen von den Jahren 1602. und 1610.

ziehung zu befreyen, nicht zugelaſſen werden [y]). Dieſelbe Strafe, mit welcher die Bankerutirer ſelbſt zu belegen ſind, findet nach Mecklenburgſchen Rechten auch in Abſicht ihrer verſchwenderiſchen Eheweiber ſtatt, gleich es denn in der Mecklenburgſchen Hof= und Landgerichts=Ordnung im 2ten Theil Tit. 45. §. 1. unter andern merklich heißt: „Darunter denn auch der Falliten „Eheweiber, ſo ihrer Ehemänner Umſchläge ver„richten, ſelbſt mit zehren, bankerutiren und in „aller Ueppigkeit, Hoffart und Pracht leben, und „alſo ihrer Ehemänner und deren Creditoren und „Bürgen Ungelegenheit, Schaden und Abneh„men ſelbſt verurſachen, und deſſen überwieſen „werden, zugleich mit ſollen verſtanden werden.“ Ob es nun zwar nicht an Beyſpielen fehlet, daß in Mecklenburg Inhalts der angeführten Vorſchriften wider die muthwilligen Bankerutirer verfahren worden [z]), ſo hat es gleichwohl heutiges Tages bey demjenigen, was nach den gemeinen Rechten und dem Gerichtsgebrauch wegen der Strafe muthwilliger Bankerutirer ſtatt findet, der Regel nach das Bewenden. Obwohl nach der Roſtockſchen Falliten=Ordnung von 1750. die muthwilligen Bankerutirer ſchlechterdings mit

N 4 dem

y) Die Land= und Hofgerichts=Ordnung Theil 2. Tit. 45. §. 1.

z) *Ius Mecklenb. et Lubec. illuſtrat. Cent. 5. Iud.* 38. Struven von dem Urſprung, Unterſchied und Gerechtſamen der Landſtände im Herzogthum Mecklenburg S. 207. 208.

dem Zuchthauſe beſtrafet werden ſollen, ſo lehret gleichwohl die Erfahrung, daß ſolche nur unter denjenigen Einſchränkungen, unter welchen überhaupt nach dem Gerichtsgebrauch eines Bankeruts wegen auf die Verurtheilung zum Zuchthaus erkannt zu werden pfleget, zur wirklichen Anwendung komme.

Nach dem Entwurf eines allgemeinen Geſetzbuchs für die Preußiſchen Staaten im erſten Theil dritten Abtheilung §. 1170. ſoll ein muthwilliger Bankerutirer aller Ehren und Würden im Staat für unfähig erkläret, zu drey- bis ſechsjähriger Zuchthausſtrafe verurtheilet, und dieſe Beſtrafung öffentlich bekannt gemacht werden. Wann der Bankerutirer ein Kaufmann, ſo ſoll er auſſerdem für immer alle kaufmänniſche Rechte, und wann er ein Jude, für ſich und ſeine Familie den Schutz des Staats verlieren. Ein betrüglicher Bankerutier ſoll nach eben dieſem Entwurf §. 1164. als ein Betrüger öffentlich ausgeſtellet und als ein Dieb mit geſchärfter Veſtungs- oder Zuchthaus-Strafe auf fünf bis zehn Jahre belegt werden. Viele heilſame und nachahmungswürdige Verordnungen wider fahrläßige Bankerutirer findet man in dem bemeldeten Entwurf §. 1173—1193.

Nach den Königlich Schwediſch Pommerſchen Landes-Geſetzen ſollen muthwillige Bankerutirer eben ſo beſtraft und wider ſie auf gleiche Weiſe verfahren werden, als ſolches in den

deutſchen

deutſchen Reichsgeſetzen und auch in vielen Landes-Ordnungen vorgeſchrieben worden. Sie ſind nämlich aller Würden und Ehrenſtellen unwürdig, dürfen in keinen öffentlichen Landes-Verſamlungen, oder Privatzuſammenkünften bey Kindtaufen, Hochzeiten, Begräbniſſen ꝛc. geduldet werden, ſollen nirgends ein freyes Geleit genießen, vielmehr ſowohl in Städten als auf dem Lande zur Haft gebracht und nach Geſtalt der Sachen geſtraft werden [aa]).

aa) Die revidirte Policey-Ordnung von 1681. *cap.* 7. ſ. Dähnerts Sammlung Pommerſcher Urkunden 3ter Band. S. 362, 363. Neueſte Grundgeſetze S. 132. *cap.* 7.

XIV.

Ob ein Hausvater, in deſſen Wohnung Feuer ausgekommen iſt, bey verurſachtem Schaden den Mangel ſeiner Fahrläßigkeit beweiſen müſſe?

So ausgemachten Rechtens auch der Satz iſt, daß ein Hausvater denjenigen Schaden erſetzen müſſe, der durch das in ſeiner Wohnung entſtandene Feuer andern verurſachet worden, in ſoferne ſich letzteres in einer geſtändlichen, oder bewieſenermaßen begangenen Fahrläßigkeit [a]) gründet [b]), eben ſo richtig iſt diejenige durch den Gerichtsgebrauch beſtätigte Meynung, nach welcher ein Hausvater in dem bemerkten Fall nur ſodann für die Nachläßigkeit der Seinigen und beſonders ſeines Geſindes einſtehen müſſe, wann er es entweder beweislich an genugſamer Aufſicht ermangeln laſſen, oder auch das Geſinde, von deren Ruch-

a) Man verſtehet jedoch hier eine ſolche Fahrläßigkeit, die zu dem entſtandenen Feuer eine unmittelbare Veranlaſſung gegeben hat. LAUTERBACH *Conſ. Tubing. Vol.* 2. *Conſ.* 129. *n.* 20.

b) *L.* 28. §. 12. *de poen. L.* 9. *de incend. ruin. naufrag.* Die bekannte Paroemie: ein Nachbar iſt dem andern einen Brand ſchuldig, kann daher nur bey einem blos zufälliger Weiſe entſtandenen Feuer einige Anwendung finden.

Ruchloſigkeit im Umgehen mit Feuer und Licht er genugſame Wiſſenſchaft gehabt, nicht zu entfernen geſuchet hat [c]). Gegentheils iſt unter den Rechtsgelehrten die Beantwortung der aufgeworfenen Frage: Ob nämlich ein Hausvater bey entſtandener Feuersbrunſt den Mangel der Fahrläſſigkeit, ſowohl auf Seiten ſeiner, als der Seinigen beweiſen müſſe? vielen Zweifeln und Einwendungen unterworfen. Sehr viele Rechtslehrer [d]) bejahen dieſe Frage ohne Einſchränkung, und beziehen ſich zur Begründung ihrer Behauptung ſogar auf geſetzliche Vorſchriften [e]), nach welchen nämlich

c) L. 11. *de peric. et comm. rei vend.* L. 27. *D. ad L. Aquil.* L. 3. *pr. de publican.* L. 11. *pr. locat.* Struben in dem erſten Theil der rechtl. Bedenken *n.* 179. CRAMER *Tom.* 4. *Obſ.* 1247. LEYSER *Spec.* 47. *n.* 9. und *Spec.* 217. *n.* 1.

d) MENOCH *de arb. Iud. Quaeſt. q.* 390. *n.* 2. BERLICH *P.* 4. *Concl.* 25. *n.* 83. CARPZOV. *q.* 39. *n.* 63. und mehrere andere beym BARBOSA *in Theſauro locor. commun. Lib.* 9. *cap.* 41. *ax.* 1.

e) *L.* 3. §. 1. *de offic. praefect. vigil.* v. cognoſcit praefectus vigilum de incendiariis, effractoribus, furibus, raptoribus, receptatoribus: niſi ſi qua tam atrox, tamque famoſa perſona ſit, vt praefecto vrbi remittatur, *et quia plerumque incendia culpa fiunt inhabitantium:* aut fuſtibus caſtigat eos, qui negligentius ignem habuerunt: aut ſeuera interlocutione comminatus, fuſtium caſtigationem remittit. Nach den gegründeten Bemerkungen anderer iſt inzwiſchen nach der vorſtehenden geſetzlichen Vorſchrift bey entſtandenen Feuersbrünſten nicht ſchlechterdings die culpa zu vermuthen,

nämlich gewöhnlichermaßen Feuersbrünſten durch die Fahrläßigkeit derjenigen, in deren Wohnungen ſie ausbrechen, zu entſtehen pflegen. Diejenigen Rechtslehrer, welche dieſer Meynung zugethan ſind, wollen zum theil, daß den Hausvater die Entſchuldigung, daß er ſich gleichwohl nur einen ſehr geringen Grad der Nachläßigkeit habe zu Schulden kommen laſſen [f]), von der Erſetzung des Schadens nicht befreyen könne, vielmehr letztere unter allen Umſtänden ſo lange ſtatt finden müſſe, als der Hausvater davon noch nicht hinlängliche Beweiſe beygebracht hat, daß das Feuer lediglich durch einen ohngefähren Zufall, deſſen Abwendung nicht in ſeiner und der Seinigen Macht geſtanden, verurſachet worden ſey [g]). Allein,

muthen, ſondern vielmehr auf alle eintretende Umſtände vieler Betracht zu nehmen und darnach zu beurtheilen, ob und in wieferne für, oder wider die Nachläßigkeit des Hausvaters zu vermutheu ſey. ſ. BRVNNEM. *ad Pandect. Lib.* 1. *Tit.* 15. *n.* 7. MENOCH *de A. I. Q. Lib.* 2. *caſ.* 390. CARPZOV. *q.* 309. *n.* 28.

f) Wann inzwiſchen die Feuersbrunſt nur in der culpa leviſſima des Hausvaters ihren Grund haben und omittendo veranlaſſet ſeyn ſollte, ſo ſprechen andere den Hausvater von der Schadenserſetzung frey, in ſo ferne er anders nicht den höchſten Grad des Fleiſſes vertragsweiſe über ſich genommen haben, oder er auch dazu nach der beſonderen Natur des Contracts an und für ſich gehalten ſeyn ſollte. ſ. MASCARD *de probat. concl.* 893. *n.* 9. BRVNNEMANN *Comm. ad Pandect. c. l.*

g) CARPZOV. *q.* 39. *n.* 64. SANDE *Lib.* 8. *Tit.* 6. *d.* 9. BRVNNEM. *ad Pandect. c. l.* Die angeführten

ſein, das Unrichtige dieſer Behauptung iſt wenigſtens in dem Fall ſofort auffallend, wenn etwa von einem Pächter die Rede ſeyn mögte, indem derſelbe, in ſoferne er ſich nicht vertragsweiſe zu einem höheren Grad des Fleiſſes verbindlich gemacht haben ſollte, bekannten Rechten nach nur in ſoferne zu der Erſetzung der verurſachten Schäden gehalten wird, als insbeſondere die von ihm bewieſene culpa leuis zu beweiſen ſtehet [h]).

Die Vertheidiger der angezogenen Meynung, daß nämlich ein Hausvater den Schaden erſetzen müſſe, wann er bey einem entſtanden geweſenen Feuer den Mangel der Fahrläßigkeit auf Seiten ſeiner und der Seinigen nicht beweiſen könne, meynen die Einwürfe, daß gleichwohl der Regel nach dem Kläger, oder demjenigen, der etwas von dem andern fordert, der Beweis obliege und daß in dem *L.* 3. §. 1. *offic. praefect. vigil.* nicht ſowohl verba diſpoſitiua, als vielmehr nur enunciatiua gebrauchet würden, dadurch zu heben, wenn ſie gegentheils behaupten, daß der erſte Einwurf darum keine Aufmerkſamkeit verdienen könne,

führten Rechtslehrer überheben inzwiſchen einen Hausvater in dem Fall der Laſt des zu führenden Beweiſes, wenn der Kläger die Nachläßigkeit des Hausvaters oder ſonſt dieſes oder jenen von den Bewohnern zum Grunde ſeiner Klage geſetzet haben ſollte. ſ. MASCARD *concl.* 893. BRVNNEMANN *c. l. n.* 8. 9.

h) *L.* 31. *in fin. locat. conduct. L.* 23. *de R. I.* MYNSINGER *Cent.* VI *Obſ.* 88. GAIL *Lib.* 2. *Obſ.* 21. *n.* 3. WERNHER *P.* 4. *Obſ.* 214. *n.* 137.

könne, weil eine Rechtsvermuthung in dem gegenwärtigen Fall für den Kläger obwalte, und der zwote Einwurf darum wegfalle, weil nicht allein in den Fragmenten der Rechtslehrer, ſondern auch in den Pandecten ſelbſt, gewöhnlich nur verba enunciatiua gebrauchet zu werden pflegen.

So wenig zweifelhaft nun zwar nach den Geſetzen der Satz iſt, daß, in ſoferne ein Pächter etwa die Wiedergabe des gepachteten Grundſtücks verſprochen haben ſollte, wann ihn anders nicht entweder eine unabzuwendende Gewalt von auſſen, oder die innere von ihm nicht abgehangene Beſchaffenheit des gepachteten Grundſtücks daran verhindern mögten, derſelbe der Regel nach mit dem angeblichen Mangel der Fahrläßigkeit nicht zu hören ſey [i]), ſo ungezweifelt richtig iſt gegentheils derjenige, daß auſſer der angeführten Einſchränkung ein Hausvater, er mag übrigens zugleich Pächter ſeyn, oder nicht [k]) in dem Fall, da in ſeiner Wohnung Feuer ausgekommen, wodurch andern Schade zugefüget worden, den Beweis von dem Mangel der Fahrläßigkeit in keine Wege

i) *L.* 30. §. 1. *Locati conducti* v. Colonus villam hac lege acceperat, vt incorruptam redderet, praeter vim et vetuſtatem. Coloni ſeruus villam incendit non fortuito caſu? Non videri eam vim exceptam reſpondit; nec id pactum eſſe, vt ſi aliquis domeſticus eam incendiſſet, ne praeſtaret, ſed extrariam vim vtrosque excipere voluiſſe.

k) *Arg. L.* 15. §. 2. *Locati conducti.* SCHNEIDEWIN *ad* §. 28. *Inſt. de act.* GAIL *c. l.*

Wege zu führen habe. Denn, obwohl letzteres dem angezogenen *L.* 3. §. 1. *de offic. praefect. vigil.* gemäß zu ſeyn ſcheinet, ſo ſind gleichwohl andere deutliche Stellen im Römiſchen Recht [l]) vorhanden, nach welchen bey einem entſtandenen Feuer eher zu vermuthen, daß ſolches auf einem ohngefähren Zufall, als auf der Fahrläßigkeit des Hausvaters, in deſſen Wohnung das Feuer ausgekommen iſt, beruhe. Wenigſtens kommt hiebey alles auf die eintretenden Umſtände an, und nach denſelben iſt, beſonders mit Rückſicht auf das vorherige

l) *L.* 11. *D. de peric. et comm. rei vendit.* v. Si vendita inſula combuſta eſſet, cum incendium ſine culpa fieri non poſſit, quid iuris ſit? Reſpondit: quia ſine patrisfamilias culpa fieri poteſt, neque ſi ſeruorum negligentia factum eſſet, continuo dominus in culpa erit, quamobrem, ſi venditor eam diligentiam adhibuiſſet in inſula cuſtodienda, quam debent homines frugi et diligentes praeſtare, ſi quid accidiſſet, nihil ad eum pertinebit, niſi dolo vel latiori negligentia combuſtio facta. *L.* 23. *in fin. de Reg. Iur. in fin.* animalium vero caſus, mortes, quaeque ſine culpa accedunt, fugae ſeruorum, qui cuſtodiri non ſolent, rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum, a nullo praeſtantur *L.* 11. *de incend. ruin. naufrag.* ſi fortuito incendium factum ſit, venia indiget, niſi tam lata culpa fuit, vt luxuriae aut dolo ſit proxima *L.* 5. §. 4. *Commodati vel contra* v. proinde et ſi incendio, vel ruina aliquid contigit, vel aliquod damnum fatale non tenebitur, niſi forte, cum poſſit, res commodata ſaluas facere ſuas praetulit.

herige Betragen des Hausvaters, ob ſolches nämlich von Fleiß und Vorſicht deſſelben zeuge, oder nicht, für oder wider ihn zu vermuthen m). Auſſer dieſer Betrachtung, daß die Geſetze nicht allenthalben in der Beantwortung der Frage, ob bey einem entſtandenen Feuer für oder wider den Bewohner, bey dem es zuerſt ausgebrochen, zu vermuthen ſey, übereinſtimmen, vielmehr nach verſchiedenen Stellen des Römiſchen Rechts wohl gar das erſtere anzunehmen ſeyn mögte, iſt annoch beſonders zu bemerken, daß ſelbſt nach dem zum Beweis des Gegentheils angeführet werdenden *L.* 3. §. 1. *de offic. praefect. vigil.* die Fahrläßigkeit des Hausvaters, in deſſen Wohnung Feuer, das andern ſchädlich geworden, ausgekommen, nicht ſchlechterdings zu vermuthen ſey. Denn, wenn gleich nach dem oft angezogenen Geſetz incendia culpa inhabitantium zu erfolgen pflegen, ſo kann dennoch nach den gegründeten Bemerkungen anderer Rechtslehrer n) daraus nur die Vermuthung für die Fahrläßigkeit der Bewohner überhaupt, oder die culpa generalis, keines Weges aber für die Nachläßigkeit des Hausvaters insbeſondere, oder für das Daſeyn der culpae ſpecialis, in jedem einzelnen Fall vermuthet werden. Die allgemeine und in den Geſetzen gewiſſermaſſen begründete Vermuthung der culpae generalis in incendio reichet daher in keine Wege hin, um letztere auch beſon-

m) VINN *L.* I. *q.* 35. LEYSER *Spec.* 176. *n.* 6. und *Spec.* 217. *n.* 3.

n) GAIL *l. c. l. n.* 55.

beſonders bey dem Hausvater annehmen zu können, vielmehr iſt bey dem Mangel des Beweiſes der culpae ſpecialis, das incendium lediglich als ein ſolches, das durch einen Unglücksfall verurſachet worden, anzuſehen, und der Hausvater demnach nicht zu der Erſetzung der durch das Feuer verurſachten Schäden anzuhalten [o]).

Weil nun angezogenermaßen bey einem entſtandenen Feuer nicht ſchlechterdings für die Fahrläßigkeit des Hausvaters, in deſſen Hauſe jenes ausgebrochen, zu vermuthen iſt [p]), folglich es an einer angeblich vorhanden ſeyn ſollenden praeſumtione iuris, die den Kläger des Beweiſes überhebet, ermangelt, ſo hat es auch bey dem allgemeinen Grundſatz der Rechte, nach welchem dem Kläger der Beweis oblieget [q]), in dem gegenwärtigen Fall um ſomehr das Bewenden, als derſelbe nirgends und ſelbſt nicht in dem *L.* 3. §. 1. *de offic. praefect. vigil.* aufgehoben, oder eingeſchränket worden. Ohnehin iſt die Behauptung der von andern angeblich bewieſenen Fahrläßigkeit eine Thatſache, die von denjenigen, die ſich darauf berufen, um ſomehr gehörig dargethan werden muß, als die culpa insbeſondere den Rechten nach nicht

o) BERGER *in Oeconom. Iur. Lib.* 3. *Tit.* 9. *Th.* 12. *n.* 2. WERNHER *P.* 1. *Obſ.* 200. GAIL und MYNSINGER *cc. ll.*

p) *L.* 11. *de peric. et comm. rei venditae.*

q) *L.* 4. *C. de edendo. L.* 23. §. *fin. ad L. Aquil. L.* 2. *de probat.*

nicht vermuthet zu werden pfleget [r]). Bey ſo bewandten Umſtänden daher und weil ſelbſt nach dem Ausſpruch der Geſetze von der Fahrläßigkeit der Hausleute auf die Fahrläßigkeit des Hausvaters ſelbſt nicht zu ſchlieſſen, die angebliche Nachläßigkeit auch an ſich betrachtet eine Thatſache iſt, die von demjenigen, der ſich darauf berufet, bewieſen werden muß, und eine jede praeſumtio doli et culpae excluſiua iſt, ſo behaupten auch die angeſehenſten Rechtslehrer, in Ermangelung genugſam beſtimmter gegenſeitiger Ausſprüche der Geſetze, mit Recht, daß dem Hausvater der Beweis von dem Mangel der Fahrläßigkeit auf Seiten ſeiner und ſeiner Hausgenoſſen um ſo weniger obliege [s]), als ohnehin von einem jeden die Vermuthung zu faſſen, daß er zur Erhaltung ſeiner eigenen Güther allen Fleiß und alle Vorſicht werde angewandt haben [t]). So richtig nun der Grundſatz an ſich iſt, daß nämlich ein Hausvater, in deſſen Hauſe Feuer ausgekommen, wodurch entweder die Nachbaren, oder der Hausherr in Schaden geſetzet worden, den Beweis von dem Mangel ſeiner und ſeiner Hausgenoſſen Fahrläßigkeit

r) WERNHER *P.* 1. *Obſ.* 200. *n.* 6. v. quippe in aprico eſt, culpam atque negligentiam facti eſſe, adeoque ab allegante probandam.

s) BOEHMER *ad* CARPZOV. *q.* 39. *Obſ.* 5. SCHILTER *Ex.* V. §. 11. WERNHER und BERGER *cc. ll.* RICHTER *Dec.* 142. MEV. *ad Ius Lubec. P.* 3. *Tit.* 8. *art.* 1. *n.* 24. WESENBEC. *Comm. in Pandect. Lib.* 19. *Tit.* 3. *n.* 15.

t) *Arg. L.* 25. *D. de probat. L.* 51. *D. pro Socio.*

keit nicht zu führen habe [u]), ſo wenigen Zweifel hat es gleichwohl, daß diejenigen, die das Gegentheil behaupten, in Ermangelung vollſtändiger Beweiſe, zu gegründeten Vermuthungen ihre Zuflucht nehmen können [x]). So wie nun bewandten Umſtänden nach, und wenn jene gegründete Vermuthungen den Hausvater wegen der bey dem entſtandenen Feuer bewieſenen Fahrläßigkeit verdächtig machen ſollten, und er zugleich jene durch ſcheinbare Gründe nicht widerlegen oder ſchwächen könnte, derſelbe ſich wenigſtens wegen der angeſchuldigten Fahrläßigkeit eydlich reinigen muß [y]), ſo iſt gegentheils ein Hausvater ohne vorgängige eydliche Reinigung frey zu ſprechen, der wegen der bewieſenen Nachläßigkeit ſchlechterdings keine andere Vermuthung, als die allgemeine, daß die Feuersbrünſte gewöhnlichermaßen durch den Mangel der Aufſicht, oder der Fahrläſ-

 ſigkeit

u) WESTENBERG *in Princip. Iur. Lib.* 19. *Tit.* 2. §. 51. MASCOV. *de incend. p.* 36. Unterſchiedene Präjudicien, wodurch die von mir angeführten Sätze noch mehr beſtärket werden, finden ſich den Beyträgen zur juriſtiſchen Litteratur in den Preußiſchen Staaten in der 6ten Samml. S. 89. die gegenſeitige Meynung vertheidiget jedoch Schröter in den Erläuterungen des deutſchen Privat-Kirchen- und peinlichen Rechts, im 1ſten Bande S. 504.

x) LEYSER *Spec.* 176. *n.* 6. und *Spec.* 217. *n.* 3.

y) KRESS *ad art.* 125. *CC. in fin.* BERGER *c. l.* HELLFELD *in Annotat. ad Engauii Elementa Iur. Criminal.* §. 433.

ſigkeit der Bewohner zu entſtehen pflegen, wider ſich haben mögte [z]). Dahingegen würden der, oder diejenigen, die durch das entſtandene Feuer in Schaden geſetzet worden, ſogar zum Erfüllungs-Eyde zuzulaſſen ſeyn, wenn ſie zu beweiſen im Stande ſeyn mögten, daß nicht allein der Hausvater wegen ſeiner vorherigen Lebensart die größte Vermuthung der bewieſenen Fahrläßigkeit wider ſich, ſondern auch bey dem entſtandenen Feuer beſonders ſich verdächtig betragen habe, und keine auf ſcheinbare Gründe beruhende Urſache angegeben werden könnte, die zu dem ausgebrochenen Feuer eine unmittelbare Veranlaſſung gegeben hätte. So wenig inzwiſchen ein Depoſitarius verbunden iſt, bey einem entſtandenen Feuer die ihm zur Aufbewahrung anvertrauete Sache mit dem Verluſt ſeiner eigenen zu retten [aa]), ſo iſt gleichwohl ein Commodatarius, der bey einem entſtandenen Feuer im Colliſions-Fall ſeine eigene Sachen zu retten ſuchet, nach den Geſetzen zu der Erſetzung des Schadens gehalten [bb]).

Ob nun gleich bey ermangelndem Beweiſe der Fahrläßigkeit ein Nachbar wider den andern auf Erſetzung des erlittenen Schadens nicht klagen kann,

z) *Arg. L.* 11. *de peric. et comm. rei venditae.* FINCKELTHAVS. *Obſ.* 89. COCCEJI *de doli, culpae et negligent. praeſtat. in quolibet negotio Diſp.* 3. §. 29. 30.

aa) *L.* 5. *D. Commodat. L.* 23. *de R. I. L.* 32. *Depoſiti.*

bb) *L.* 5. §. 4. *in fin. L.* 18. *pr. Commodati* §. 2. *Inſt. quib. mod. re contrah. obl.*

kann, vielmehr in einem ſolchen Fall die bekannte Paroemie: ein Nachbar iſt dem andern einen Brand ſchuldig, Anwendung findet, ſo iſt inzwiſchen ein jeder Hausvater, wenn eine Feuersbrunſt, entweder durch einen bloßen Unglücksfall, oder durch das Verſehen der Hausleute, die aber die Schadensersetzung nicht leiſten können, entſtanden ſeyn mögte, ſein abgebranntes Haus aus eigenen Mitteln wieder aufzubauen [cc]) verbunden, obwohl die Baumaterialien gewöhnlich unentgeldlich geliefert zu werden pflegen. So wie nun ein Hausvater, der ſich der Wiederaufbauung ohne genugſame Gründe weigert, und durch wiederholte Verordnungen dazu nicht gebracht werden kann, nach verſchiedenen Policeygeſetzen das Eigenthum des Platzes zu verlieren pfleget, ſo pfleget gleichwohl demjenigen, der lediglich aus Armuth und Mittelloſigkeit nicht wieder aufbauen kann, entweder der Werth des Platzes bezahlet, oder auch das abgebrannte Haus auf öffentliche Koſten wieder erbauet, und dem Abgebrannten erlaubet zu werden, gegen Bezahlung eines jährlichen Grundzinſes darin wohnen zu können.

Der Entwurf eines allgemeinen Geſetzbuchs für die Preußiſchen Staaten im erſten Theil, dritten Abtheilung Tit. 8. Abſchnitt 16. §. 1248 und 1249 ſtimmet mit den angeführten Grundſätzen überein. Denn nur ſodann,

cc) *L. 8. C. de aedific. priuat. L. 46. de damn. infect. L. 7. de off. praeſ.*

dann, wann durch Schuld und Fahrläßigkeit der Familie, des Geſindes, oder der Fremden Feuer entſtanden, ſoll der einer vernachläßigten Aufſicht überführte Hausvater, Dienſtherr oder Gaſtwirth, die Hälfte der von dem unvorſichtigen Brandſtifter ſelbſt verwirkten Strafe leiden. Im Fall wohl gar jemand die Gewohnheit der ſeiner Aufſicht anvertraueten Perſonen mit Feuer und Licht unvorſichtig umzugehen gewußt und ſolche zu ſteuern unterlaſſen hätte, ſo ſoll er eben ſo, wie der ſchuldbare Brandſtifter ſelbſt beſtraft werden.

XV.
Ueber die Reconvention in peinlichen und Strafſachen.

So wenig es auch einem peinlich Angeklagten, wenn er gleich eine obſiegliche Urthel erhalten hat, frey ſtehet, von dem Ankläger Genugthuung, oder die Erſetzung ſeiner Schäden und Koſten zu fordern, wenn dieſer anders den Grund ſeiner Anklage auf richtig befundenen Beweisthümern, oder redlichen Anzeigen gebauet hat [a]), ſo ausgemachten Rechtens iſt es gegentheils, daß der Angeklagte wegen der zugefügten Schmach, Schäden und Koſten von dem Ankläger Vergütung fordern könne, wenn er die Calumnie deſſelben zu beweiſen im Stande iſt [b]), und daß es ſodann auch nicht einmal darauf ankomme, ob in der Urthel dem Angeklagten der Regreß wider den Ankläger beſonders vorbehalten ſey, oder nicht [c]). Nach den Geſetzen iſt es unter den angeführten Umſtänden lediglich der Willkühr des Angeklagten überlaſſen, ob er die Klage zur Erhaltung ſeiner Privatgenugthuung bey dem foro domicilii des Anklägers, oder vielmehr bey dem peinlichen Gericht, woſelbſt die Rüge geſchehen, anbringen

 wolle

a) Art. 61. P. G. O.
b) Art. 12. P. G. O.
c) *de* BOEHMER *ad art.* 12. *CC.* §. 4.

wolle [d]). Der Grund, warum dem letzteren Gericht frey gelaſſen worden, über die Reconvention des Angeklagten zu erkennen, ergiebet ſich daher von ſelbſt, weil auch in peinlichen Fällen, nach ausdrücklicher Vorſchrift der Geſetze, nicht allein wegen der eigentlichen Hauptſache, oder der Miſſethat ſelbſt, ſondern auch wegen aller damit in einiger Verbindung ſtehenden Dinge, wohin beſonders die Genugthuung des einen oder andern Theils gehöret, rechtlich erkannt werden kann [e]). Es iſt auch überdieß bey dem peinlichen Gerichtszwange, vor welchem der Proceß geführet worden, viel leichter, um über die Größe der Calumnie des Anklägers und der daher dem Angeklagten zuſtändigen Genugthuung urtheilen zu können,

d) Art. 12. P. G. O. „Und damit derſelbig gefangen Beklagt, ſeiner erlitten Koſten, Schmehe und „Schaden deßter austräglicher und fürderlich Ergetzung und Abtragung erlangen möge. So ſoll „zu ſeinem Gefallen und Willen ſtehn, den peinlichen Ankläger vor deſſelben Anklägers ordentlichen „Richter, oder den peinlichen Gericht, dafür ſich „die gerichtlich Uebung und Rechtfertigung erhalten „hat, umb ſolcher Koſten Schmehe und Schäden „rechtlich fürzunehmen, darinn auch ſummarie nun „ohn Zierlichkeyt des rechtlichen Proceß, procediert, „gehandelt, und die Urtheyl ohn weiter Appellation „und Suchung volzogen werden, dadurch doch demſelben peinlichen Gericht auſſerhalb diſer Fälle, und „weiter dann es vor gehabt, keyn bürgerlicher Gerichtszwang, und Erkenntnuß zuwachſen ſoll.“

e) MEISTER *Diſſ. de ord. cognitionum in cauſar. ciuil. et criminal. concurſu*, ſ. Deſſelben *Select. opuſc. Syllog.*

können, als in dem ordentlichen Gerichtsſtande des Anklägers. Ob nun zwar einige Rechtsleh-rer f) die dem Angeklagten unter den angeführten Einſchränkungen zuſtändige Reconvention nur lediglich auf die actionem ciuilem einſchränken wollen, und den Grund davon ſelbſt in den Geſetzen g) zu finden meynen, ſo zeigen gleichwohl andere mit mehreren Gründen das Gegentheil, und daß es vielmehr der eigenen Willkühr des Angeklagten zu überlaſſen ſey, ob er nur lediglich auf die Erſetzung ſeiner Schäden und Koſten, oder auf die Erhaltung ſeiner Privatgenugthuung klagen, oder vielmehr zugleich peinlich und auf eine öffentliche Beſtrafung des Anklägers antragen wolle h). Einem Angeklagten kann es auch um ſo weniger an ſeinen zuſtändigen Rechten nachtheilig ſeyn, daß er ſich nicht ſofort anfangs die Wiederklage vorbehalten, vielmehr, ohne letzterer zu erwähnen, ſich auf die Anklage eingelaſſen hat, als doch in peinlichen Fällen die Reconvention ſimultaneo proceſſu, oder zugleich mit der peinlichen Anklage nicht erörtert zu werden pflegt, wie ſonſt in bürgerlichen Fällen unter gewiſſen Einſchränkungen erlaubt iſt i). Denn, da es nach dem Gerichtsgebrauch dem

 Ange-

f) BLVMBLACHER *ad art.* 12. *CC. n.* 8. FROELICH *P.* 1. *p.* 360.

g) Art. 12. 99. 201. P. G. O.

h) BOEHMER *ad* CARPZOV. *q.* 106. *Obſ.* 3. und *in Meditatt. ad art.* 12. *CC.* §. 5.

i) *Nouella* 96. *c.* 2. §. 1. *c.* 2. X. *de extr. cognit. c.* 3. *de reſcript. in 6to.*

Angeſchuldigten nicht einmal vergönnet iſt, ſeinen Ankläger, oder Denuntianten während der Untersuchung, oder während des Proceſſes ex lege diffamari zu provociren [k]), wenn anders die Rüge auf redlichen und genugſamen Anzeigen gebauet worden, ſo kann er noch weniger auf die Erörterung ſeiner Wiederklage, ehe und bevor in der Hauptſache Urthel und Recht ergangen, und der Anklänger zugleich der Calumnie überwieſen worden, beſtehen [l]). So gegründet inzwiſchen unter ſolchen Umſtänden die Wiederklage in dem eigentlichen Anklagsproceß iſt, eben ſo ungezweifelt findet dieſelbe wider einen Denuntianten ſtatt, der bewieſener oder eingeſtandenermaßen einen unſchuldigen Menſchen boshafter Weiſe in einen ſchweren inquiſitoriſchen Proceß verwickelt hat [m]).

Daß auch in gemeinen Strafſachen, die nicht zu den eigentlichen peinlichen Fällen gehören, dem Angeſchuldigten die Reconvention wider den Kläger, oder den Angeber in alle Wege frey bleibe, iſt um ſo weniger gegründeten Zweifeln unterworfen, als eben derſelbe Grund, warum dem Beklagten in bürgerlichen Sachen die Wiederklage erlaubt iſt [n]), auch in Strafſachen zutrift. So wie

k) MEV. *P*. 9. *Dec*. 103. Ludovici Einleitung zum peinl. Proceß C. 5. 6.

l) Art. 12. P. G. O.

m) MEV. *P*. 1. *Dec*. 41. Eiſenhart in dem 7ten Theil der Rechtshändel *n*. 7.

n) *L*. 14. *C. de Sentent. et interloc. Nou*. 96. c. 2. *Auth. et conſequenter C. de Sentent. et interloc.*

wie inzwiſchen eine jede Reconvention, die entweder aus der Convention allererſt erwächſet, oder auch eine unterſchiedene Verfahrungs-Art, oder einen verſchiedenen Proceß zum voraus ſetzet, nur nach Endigung und Erörterung der letzteren in Anregung gebracht werden kann °); ſo gilt auch ein gleiches von derjenigen Art der Wiederklage in Strafſachen, die der Angeſchuldigte wider ſeinen Kläger oder Denuntianten auf dem Fall, da letzterer der Calumnie überwieſen wird, anſtellet. Es bleibet inzwiſchen, in ſoferne von geringen Begünſtigungen die Rede iſt, ebenfalls dem eigenen Gutbefinden des Angeſchuldigten überlaſſen, ob er ſeine an ſich gegründete Wiederklage bey dem ordentlichen Gerichtsſtande des Klägers oder Denuntiantens, oder vielmehr bey demjenigen Gericht, woſelbſt die Unterſuchung wider ihn verhänget worden, anſtellen wolle. Letzteres iſt beſonders ſodann dem Angeſchuldigten anzurathen, wenn der Kläger wegen der Wiederklage und Koſten einen beſonderen Vorſtand geleiſtet hat, und davon ſowohl die Entſchädigung des Angeſchuldigten, als die Beſtrafung des Klägers, beſtritten werden kann. Dahingegen fällt die Erhebung der Wiederklage in foro domicilii von ſelbſt weg, wenn dem letzteren eine ſolche Art der Gerichtsbarkeit, worauf es gleichwohl bey einer, dem Beleidigten zu gebenden

°) *L.* 10. *C. de iniur.* MEV. *P.* 6. *Dec.* 85. *Select. Iurid. Roſtoch. faſcic.* 1. *Spec.* 25. *q.* 5. BERGER *in Oecon. Iur. p.* 1032. Ludovici Einl. zum Civil-Proceß B. 33. §. 4.

benden Genugthuung hauptſächlich ankommt, nicht zuſtehen ſollte [p]).

Würde der Kläger, oder der Denuntiant wegen Wiederklage und Koſten keinen Vorſtand beſtellet haben, auch vor erfolgter Endurthel ſeine Wiederklage nicht in Anregung gebracht haben, ſo iſt er damit nach bereits entſchiedener Hauptſache lediglich nach dem zuſtändigen Gerichtsſtande des Klägers oder Denuntiantens zu verweiſen [q]). Gegentheils hat es meinem Bedünken nach keinen Zweifel, daß auch derjenige Richter, von welchem die Unterſuchung wegen des angeſchuldigten Verbrechens verhänget worden, auch wegen der Reconvention des Inculpaten erkennen, und die Vollſtreckung des Erkenntniſſes in Ermangelung eines gehörig beſtellten Vorſtandes, bey der Behörde nachſuchen könne, wenn anders die Reconvention wenigſtens vor der Endurthel in Anregung gebracht und gehörig gerechtfertiget worden.

So ungezweifelten Rechtens nun zwar der Satz iſt, daß derjenige, der eines begangenen Verbrechens wegen angeklaget worden, oder auch der Urheber des Streits geweſen iſt, zur Ablehnung der wider ihn verhängten Unterſuchung in keine Wege den Einwand einer etwa habenden Wiederklage machen könne, vielmehr es damit lediglich bis zur geſchehenen Erörterung des in der

Klage

p) *L.* 81. *D. de Iudic.* ZANGER *de except. P.* 2. *c.* 1. *n.* 378. MEV. *P.* 7. *Dec.* 89. *n.* 2.

q) ZANGER *c. l. n.* 383. MEV. *P.* 7. *Dec.* 89. *n.* 3. FABER *in Cod. Lib.* 3. *Tit.* 1. *Def.* 25.

Klage befangenen Hauptpuncts Anſtand behält r); ſo iſt gleichwohl die bloße Anregung der zuſtändigen Reconvention, wodurch ſo wenig unzuläßiger Aufſchub, als die Erreichung einer andern verbothenen Abſicht geſuchet wird, dem Angeſchuldigten auch während der Unterſuchung wegen des gerügten Verbrechens allerdings erlaubt.

Weil auch der Richter, ſowohl in eigentlichen Criminal-Fällen, als gemeinen Strafſachen, von Amts wegen auf diejenigen Umſtände, die dem Angeſchuldigten zur Milderung der Strafe, oder zur Vertheidigung gereichen, ſehen muß s), ſo erfordert es auch die Pflicht deſſelben, die von dem Angeſchuldigten in Anregung gebrachte Reconvention zu prüfen, und deshalb nähere Erkundigung einzuziehen, um nach dem Beweis von der Statthaftigkeit oder Unſtatthaftigkeit der Reconvention den Angeſchuldigten, entweder gar frey zu ſprechen, oder auf eine härtere, oder gelindere Strafe zu erkennen, auch die geforderte Privatgenugthuung des Klägers entweder zu beſtätigen, oder zu verwerfen. Allein, dieſem allen ohngeachtet, und obgleich der Richter bey dem Erkenntniß wegen des

r) *L.* 1. §. 11. *ſi quadrupes pauper.* LEYSER *Spec.* 122. *n.* 5. Die Mecklenburgſche Hof- und Landgerichts-Ordnung im 2ten Theil Tit. 20. §. 3. ſtimmet mit demjenigen, was von der Vorſchrift gemeiner Rechte bemerket worden, ebenfals überein.

s) Art. 47. P. G. O. BERGER *in Oeconom. Iur. Lib.* 4. *Tit.* 6. *n.* 11. Meine Grundſätze des deutſchen peinl. Rechts. Dritte Auflage §. 537. und 668.

des gerügten Verbrechens auch auf die dem Angeſchuldigten zuſtändige Reconvention ſehen muß, ſo wird dennoch auf die letztere nicht leicht in eben derſelben Urthel beſonders erkannt, zumal, wenn die ganze Unterſuchung des Verbrechens ſich lediglich in der Rüge des Klägers gründet, vielmehr pfleget in der Urthel, worin wegen des angeſchuldigten Verbrechens entſchieden wird, dem Angeſchuldigten zugleich die Wiederklage, in ſoferne ſie an und für ſich gegründet iſt, ausdrücklich vorbehalten zu werden, es mögte denn ſeyn, daß die Calumnie des Angebers bereits über alle Zweifel erhoben ſeyn ſollte, da denn die dem Beleidigten zuſtehende Genugthuung ſofort beſtimmet zu werden pflegt. Auf dem Fall, da wegen der unter mehreren Perſonen vorgefallenen Thätlichkeiten und andern Verunglimpfungen die Unterſuchung von Amtswegen verhänget wird, und ſämtliche Inculpaten eben demſelben Gerichtszwange unterworfen ſind, pfleget gewöhnlich eine und dieſelbe Urthel ſowohl die Strafe des Hauptthäters und der Mitſchuldigen, als die dieſem, oder jenem gebührende Genugthuung zu beſtimmen, zumal, da unter ſolchen Umſtänden kein eigentlicher Kläger und Beklagter vorhanden iſt, folglich der Unterſchied unter der Con- und Reconvention keine Anwendung leidet.

Ob es auch gleich in den eigentlichen Civilfällen dem Beklagten frey ſtehet, wenn er anders ſeine Wiederklage bey der Kriegsbefeſtigung, oder bey der Einlaſſung auf die Klage, in Anregung gebracht hat, vor demſelben Gericht, wo die Convention

vention erörtert worden, nach Endigung der letzteren, ſolche weiter auszuführen, wenn ſie gleich mit dieſer in keiner Verbindung ſtehet, noch aus derſelben erwachſen, inzwiſchen gleichwohl prorogationem fori zuläßt [t]) und der Kläger in der Convention in ſeinem eigenen Namen geklaget hat [u]); ſo iſt dennoch in Criminal- und Strafſachen ſchlechterdings keine andere Art der Reconvention anwendlich, als die entweder aus der angeſtellten Rüge erwächſet, oder auch ſonſt mit derſelben in Verbindung ſtehet. Denn, da der Gerichtszwang in peinlichen und Strafſachen ſich nur über begangene Verbrechen und die daraus entſtehenden Rechte und Verbindlichkeiten erſtrecket, ſo können auch vor demſelben diejenigen Anſprüche, die der Angeſchuldigte gegen ſeinen Kläger oder Denuntianten macht, die lediglich aus einer cauſa mere ciuili erwachſen, und mit dem Verbrechen eigentlich nichts zu thun haben, in keine Wege gezogen werden, ſondern ſie ſind vielmehr ohne Unterſchied, ob der Angeſchuldigte vor ergangener Endurthel ſeine zuſtändige Reconvention in Anregung gebracht, und deshalb wohl gar einen Vorſtand erhalten habe, oder nicht, ſchlechterdings an das zuſtändige Gericht, worunter ſie ihrer Natur nach gehören, zu verweiſen.

t) SCHORCH *Sentent.* 349.

u) CARPZOV. *P.* I. *Conſt.* 7. *Def.* 6. BRUNNEMANN *in Proc. ciu. cap.* 10. *n.* 14.

XVI.

Ob das nach dem Tode des Erblaſſers nicht mehr vorhandene Teſtament, in ſoferne anders deſſelben weſentlicher Inhalt zubeweiſen ſtehet, eine verbindliche Kraft habe?

Es gehöret wohl der Satz, daß, ſolange nicht offenbar das Gegentheil zu beweiſen ſtehet, im Zweifelsfall für die Gültigkeit und den Beſtand eines letzten Willens allezeit die Vermuthung obwalte, zu den unbeſtrittenen Rechtswahrheiten [a]). Vermöge dieſes allgemeinen Grundſatzes iſt nicht einmal aus den im Teſtament ſich findenden Riſſen, Austilgungen und Veränderungen einiger Stellen die Aufhebung, oder der Wiederruf des ganzen Teſtaments, oder auch nur dieſer und jener Verfügungen, zu folgern, ſolange es noch an einem vollſtändigen Beweiſe mangelt, daß jene Riſſe, Austilgungen, oder Veränderungen von dem Erblaſſer, entweder unmittelbar, oder doch wenigſtens auf deſſen Verlangen und mit ſeinem Vorwiſſen, erfolget ſind [b]). Es ſcheinet indeſſen,

a) *L.* 85. *de Reg. Iur. de* CRAMER *Tom.* 4. *Obſ.* 1219.

b) *L.* 1. und 2. *de his quae in teſtament. delent. L.* 12. *D. de reb. dub.*

indeſſen, die Anwendung dieſer Rechtslehren zum voraus zu ſetzen, daß das Teſtament, oder der letzte Wille, wovon die Rede iſt, annoch wirklich vorhanden ſey, weil nicht ohne ſcheinbare Beyſtimmung der Geſetze die auf einem Teſtament gegründete Erbfolge das wirkliche Daſeyn deſſelben zum vorausſetzet und ohne ſolches nicht ſtatt finden kann [c]). Solchergeſtalt kann es dem Anſehen nach nicht genügen, wenn etwa zu beweiſen ſtünde, daß dieſes, oder jenes Teſtament, das ſich aber nach dem Tode des Erblaſſers unter ſeinem Nachlaß nicht befindet, gleichwohl wirklich vorhanden geweſen ſey, und daß es dieſe, oder jene Verfügungen enthalten habe, indem der Regel nach ein jedes Teſtament, das eine verbindliche Kraft haben ſoll, nach dem Tode des Erblaſſers, in Gegenwart derjenigen, die daran Antheil haben, im Original eröfnet werden muß [d]), damit ſowohl über die innerliche, als äuſſerliche Beſchaffenheit deſſelben geurtheilet, die darunter befindlichen Hände und Siegel des Erblaſſers und der Zeugen geprüfet, und demnächſt mit genugſamer Zuverläßigkeit beſtimmet werden könne, ob alles bona fide und auf geſetzmäßige Art und Weiſe geſchehen ſey [e]). Denn, wenn gleich nach dem Praeto-

c) *L. 1. §. 3. 7. D. de bonor. poſſ. ſecund. tab. L. vn. D. ſi tab. teſtam. extab. L. 1. §. 1. teſtament. quemad. aper.*
d) *L. 12. D.* und *L. 1. C. teſtament. quemadm. aper. L. 6. D. de tranſact.*
e) LEYSER *Spec. 373. n. 2.*

Praetoriſchen Recht dem in einem Teſtament eingeſetzten Erben die bonorum poſſeſſio zugeſtanden zu werden pfleget, wenn gleich zu der Zeit, da darum angeſuchet wird, das Teſtament ſelbſt nicht mehr vorhanden seyn ſollte, ſo ſetzet jene gleichwohl immer wenigſtens dieſes zum voraus, daß bey dem erfolgten Ableben des Erblaſſers deſſen Teſtament, worin jene bonorum poſſeſſio gegründet wird, wirklich vorhanden geweſen und nur nach deſſen Tode zufällig verlohren gegangen ſey. Gegentheils findet keine bonorum poſſeſſio ſtatt, wenn bey dem erfolgten Abſterben des Erblaſſers das angeblich von ihm errichtete Teſtament unter ſeinen Sachen nicht befindlich iſt, folglich auf geſetzmäßige Art und Weiſe nicht eröfnet werden kann [f]). So wenig nun nach dem Römiſchen Recht von dem angeblich in einem Teſtament eingeſetzten Erben eine bonorum poſſeſſio erhalten werden kann, wenn jenes bey Lebzeiten des Teſtirers bereits verlohren gegangen ſeyn, folglich nach ſeinem Tode unter ſeinem Nachlaß ſich nicht befinden ſollte, ſo wenig ſcheinet es auch, daß ein ſolches nicht vorhandenes Teſtament überhaupt eine verbindliche Kraft haben könne, indem es ſodann allem Anſehen nach an der Gewißheit des letzten Willens, als einer gleichwohl vornehmſten Eigenſchaft des Beſtandes deſſelben [g]), fehlet. Denn, in Ermangelung des Teſtaments, läßt ſich nicht mit völliger und

f) *L. I. §. 3. de bonor. poſſ. ſecund. tab. L. vn. D. ſi tab. teſtament. extab.*

g) *L. 76. de reg. Iur. L. vn. D. ſi tab. teſtament. extab.*

und genugſamer Zuverläßigkeit beſtimmen, in welchem Zuſammenhange, und unter was für Umſtänden und Einſchränkungen dieſe, oder jene Verfügung von dem Erblaſſer gemacht worden ſey.

Ob es nun gleich ſeine ungezweifelte Richtigkeit hat, daß ein bey Lebzeiten des Teſtirers verlohren gegangenes Teſtament ſodann nicht die mindeſte Verbindlichkeit haben könne, wann entweder wegen des Inhalts der in dem Teſtament gemachten Verfügungen, oder auch wegen der Umſtände, unter welchen es errichtet worden, noch einige Dunkelheit und Ungewißheit vorhanden ſeyn mögte [h]), ſo eine ausgemachte Rechtswahrheit iſt es gegentheils, daß, in ſoferne die in dem bey Lebzeiten des Erblaſſers verlohren gegangenen Teſtament enthalten geweſenen Verfügungen und die Umſtände, unter welchen jene gemacht worden, zu beweiſen ſtehen, die in jenem Teſtament enthalten geweſene Vorſchriften dennoch eine verbindliche Kraft behalten müſſen. Es verſtehet ſich inzwiſchen hiebey die Einſchränkung von ſelbſt, daß nämlich der Mangel des Teſtaments zur Zeit des erfolgten Ablebens des Teſtirers nicht in deſſelben eigenen facto gegründet, und der letzte Wille nicht, entweder unmittelbar von ihm ſelber, oder doch mit ſeinem Vorwiſſen und Genehmigung, vernichtet ſeyn müſſe [i]). Denn unter ſolchen Um-

P 2 ſtänden

h) MEV. *P.* 8. *Dec.* 7.

i) *L.* 1. §. 3. *D. de his quae in teſtament. delentur.* v. Sed conſulto quidem deleta exceptione petentes repelluntur: inconſulto vero, non repelluntur,

ſtänden fällt alle Anwendung eines ſolchergeſtalt wiederrufenen letzten Willens von ſelbſt weg.

Auſſer dieſer Einſchränkung aber behält der letzte Wille eines Erblaſſers der Regel nach alle Gültigkeit, wenn gleich das Inſtrument, oder diejenige Schrift, worin ſolcher aufgezeichnet geweſen iſt, bereits bey Lebzeiten des Teſtirers verlohren gegangen ſeyn ſollte, ſintemal nach ungezweifelten Grundſätzen des Rechts, der bloße Verluſt einer Urkunde der Wahrheit an und für ſich nicht nachtheilig ſeyn kann, folglich bey vorhandenem genugſamen Beweiſe des weſentlichen Inhalts eines Inſtruments der Umſtand, daß es nachhin zufällig, wenigſtens ohne Vorwiſſen des Verfaſſers verlohren gegangen ſey, der Verbindlichkeit des letzten Willens ſelbſt nicht das mindeſte entziehet [k]). Ueberdieß gehöret eine angeblich geſchehen ſeyn ſollende Aufhebung, oder Veränderung eines einmal wohlbedächtlich abgefaßten letzten Willens zu ſolchen Dingen, die der Regel nach nicht zu vermuthen ſtehen, vielmehr von demjenigen, der ſich darauf berufet, gehörig bewieſen werden müſſen [l]). Denn das einmal wohlbedächtlich und auf

pelluntur, ſiue lege poſſunt, ſiue non poſſunt, *quoniam ſi totum teſtamentum non exſtet, conſtat valere omnia, quae in eo ſcripta ſunt. Et ſi quidem illud concidit teſtator, denegabuntur actiones, ſi vero alius inuito teſtatore, non denegabuntur.*

k) L. 20. und 21. *C. de probat. L.* 5. 6. 7. 8. 10. 11. C. *de fide inſtrument.*

l) L. 22. *D. de probat.* v. eum, qui voluntatem mutatam dicit, probare hoc oportet.

auf geſetzmäßige Art und Weiſe abgefaßte Teſtament bleibet ſtets bey ſeiner völligen Kraft und Wirkung, und kann aus dem alleinigen Grunde, daß das Inſtrument, oder die Urkunde, die jenes enthalten hat, gleichwohl ermangelt, nicht angefochten werden, ſolange anders der von dem Teſtirer unmittelbar geſchehene Wiederruf, oder die von ihm geſchehene Abänderung oder Vernichtigung, nicht zu beweiſen ſtehet m). Es mögen auch zur Widerlegung des Satzes, daß bey dem Mangel eines Teſtaments, dennoch die darin enthalten geweſenen Verfügungen bey Kräften bleiben müſſen, in ſoferne anders der von dem Erblaſſer ſelbſt geſchehene Wiederuf nicht zu beweiſen ſtehet, die oben zum Beweis des Gegentheils angeführte Geſetze um ſo weniger in einigen Betracht kommen, als der Augenſchein ergiebet, daß ſie lediglich von der nachgeſuchten bonorum poſſeſſione ſecundum tabulas, die nämlich nach Praetoriſchem Recht das nach dem Tode des Erblaſſers wirklich vorhanden geweſene Teſtament zum voraus ſetzte, zu verſtehen ſind. Denn auſſer dieſem Fall und wann von der Erbfolge nach dem iure ciuili, oder dem eigentlichen iure hereditario, die Rede iſt, kann die Gültigkeit eines Teſtaments, das zwar bey Lebzeiten des Teſtirers, wiewohl wider ſeinen Willen, verlohren gegangen iſt, das aber gleichwohl ſeinem weſentlichen Inhalte nach gehörig zu beweiſen ſtehet, ſelbſt nach dem Römiſchen Recht nicht in Zweifel gezogen werden, und

 iſt

m) *L. 27. C. de teſtament.*

iſt demnach der Mangel eines ſolchen Teſtaments den darin eingeſetzten Erben und Legatarien in Abſicht der ihnen daraus zuſtändigen Rechte und Befugniſſe unnachtheilig zu erklären [n]). Es kann hingegen auch nicht in einem beſonderen Betracht kommen, daß bey einem bey Lebzeiten des Teſtirers verlohren gegangenen Teſtament die Beaugenſcheinigung der darunter befindlich geweſenen Hände und Siegel des Teſtirers und der Zeugen, wie es eigentlich ſeyn müßte [o]), nicht geſchehen könne, indem der Mangel einer ſolchen Beaugenſcheinigung ein an und für ſich gültiglich gemachtes Teſtament nicht unkräftig machen kann, wenn anders das wirkliche Daſeyn deſſelben und die beſonderen Verfügungen, die es enthalten, auſſer Streit geſetzet worden [p]) und keine hinreichende Beweiſe vorhanden ſind, daß der Teſtirer annoch bey ſeinem Leben ſein Teſtament geändert, oder wiederrufen habe, folglich die nicht geſchehene Eröfnung des Teſtaments keines Weges in den ſträflichen Abſichten derjenigen, die dadurch Vortheile zu erlangen geſuchet haben, ihren Grund hat [q]).

Es iſt nun noch die Frage zu beantworten übrig: Auf welche Art und Weiſe in dem Fall, da das angebliche Teſtament bey dem erfolgten Tode des Erblaſſers nicht mehr vorhanden iſt, der Beweis,

n) PUFENDORF *Tom.* I. *Obſ.* 137. 138.

o) *L.* 5. und 6. *D. teſtament. quemadm. aper.*

p) *L.* 10. §. 1. *D. teſtament. quemadm. aper.* SCHILTER *Ex.* 38. §. 170.

q) LEYSER *Spec.* 373.

Beweis, ſowohl wegen deſſelben Daſeyns, als wegen deſſen weſentlichen Inhalts, geführet werden müſſe? Ob nun zwar nach einem ungezweifelten und der Aehnlichkeit des Rechts gemäßen Gerichtsgebrauch in einem ſolchen Fall nicht eben das übereinſtimmende Zeugniß aller bey der Errichtung des Teſtaments zugegen geweſenen ſieben Zeugen erfordert wird [r]), gegentheils aber auch das bloße Zeugniß des zugezogen geweſenen Notarii nicht genüget, vielmehr ein ſonſt in andern Fällen erforderlicher vollſtändiger Beweis, der durch zween unbeſcholtene Zeugen geführet wird, vorhanden ſeyn muß [s]); ſo hat es dennoch nach den Meynungen anderer gleichfalls berühmten Rechtslehrer keinen Zweifel, daß das von dem bey der Teſtaments-Handlung zugezogen geweſenen Notario darüber gefertigte Inſtrument eine völlige Beweiskraft habe [t]) und daß auch derjenige, der ſich auf ein wirklich vorhanden geweſenes, nachhin aber vermuthlich wider Willen des Erblaſſers verlohren gegangenes, Teſtament berufet, bey vorhandenen ſtarken Vermuthungen, welche

r) Das Gegentheil hat beſonders aus dem Grunde, weil bey den Römern die ſieben Zeugen bey einem teſtamento ſolemni nicht bloß der Feyerlichkeit, ſondern auch des Beweiſes wegen, erfordert worden, zu zeigen geſuchet GLÜCK *Diſſ. de teſtamenti privati ſolemnis a teſtatore conditi, probatione per ſeptem teſtes in eo adornando adhibitos, inſtituenda, Hal.* 1777.

s) MEV. *P.* 4. *Dec.* 13.

t) CARPZOV. *P.* 1. *Conſt.* 17. *Def.* 44. STRYCK *de Iur. Protocoll. c.* 4. BROCKES *Obſ.* 522.

nach richterlichem Ermeſſen die Kraft eines halben Beweiſes haben, zum Erfüllungs-Eyde zugelaſſen werden müſſe [u]).

So wie inzwiſchen die Führung des Beweiſes unnöthig iſt, wenn der Erbe, oder der Beſitzer der Erbſchaft das wirkliche Daſeyn eines letzten Willens und die darin ſich gründenden Verfügungen des Erblaſſers eingeſtehet [x]), ſo hat es auch meinem Bedünken nach nicht den mindeſten Zweifel, daß in Ermangelung eines vollſtändigen Beweiſes, derjenige, der ſich auf ein vorhanden geweſenes und angeblich wider Willen des Erblaſſers verlohren gegangenes Teſtament berufet, wider den Inteſtat-Erben, oder den Beſitzer der Erbſchaft, ſich der Eydesdelation bedienen könne [y]).

Wann es nun angeführtermaßen keinem Zweifel unterworfen, vielmehr allenthalben den Geſetzen und dem ſich auf letzteren gründenden Gerichtsgebrauch völlig angemeſſen iſt, daß ein wider Willen des Erblaſſers verlohren gegangenes Teſtament, wann anders deſſen Inhalt gehörig zu beweiſen ſtehet, zu Recht beſtändig ſey und eine verbindliche Kraft habe; ſo hat es auch ebenfalls nicht das mindeſte Bedenken, daß die entweder von den Inteſtat-Erben, oder von andern Perſo-

u) PUFENDORF *Tom.* I. *Obſ.* 138. §. 6.

x) *L.* 2. und 3. *C. de fideicommiſſ.* MEV. *P.* 8. *Dec.* 7. *n.* 4.

y) DEINLIN *Diſſ. de licita iurisiurandi iudicial. delat. ſuper fact. illicit. et ſpecial. libertatem teſtandi reſtringente, Alt.* 1739.

Perſonen aus böslichen Abſichten zum Schaden und Nachtheil der im Teſtament eingeſetzten Erben, oder Legatarien, geſchehene Entwendung, Vernichtigung, oder Veränderung des letzten Willens den letzteren an ihren zuſtändigen Rechten völlig unnachtheilig ſeyn müſſe [z]). Es wollen ſogar verſchiedene angeſehene Rechtslehrer, daß demjenigen, der aus der Vernichtigung eines Teſtaments Vortheile ſchöpfet, in der Angabe, daß er daſſelbe auf ausdrückliches Verlangen des Teſtirers vernichtet habe, in Ermangelung rechtlicher Beweiſe, oder erheblicher Gründe vom Gegentheil, kein Glaube beyzumeſſen ſey, zumal, wenn der Inteſtat-Erbe allererſt zu der Zeit, da er bereits wegen des zernichteten Teſtaments in Anſprache genommen wird, mit einer ſolchen Entſchuldigung hervorrücken ſollte [a]). Ob nun zwar ſonſt demjenigen, der ſich auf ein angeblich wider Willen des Erblaſſers verlohren gegangenes Teſtament berufet, angeführtermaßen der Beweis, ſowohl wegen des Daſeyns, als wegen des eigentlichen Inhalts des Teſtaments oblieget, ſo iſt dennoch meinem wenigen Ermeſſen nach ein Legatarius mit der Führung des Beweiſes zu verſchonen, wenn der Erbe entweder das Daſeyn des Teſtaments und das darin gegründete Vermächtniß eingeſtehet [b]), oder auch jener ſonſt rechtlich zu beweiſen vermag, daß ein ſolches Teſtament,

 in

z) *L.* 11. *C. de teſtament.* PUFENDORF *c. l.* §. 3.
a) *Arg. L.* 10. *de teſt.* BROCKES *c. l.*
b) *Arg. L.* 25. §. 2. *ad L. Aquil.* MEV. *P.* 8. *Dec.* 6.

in welchem ihm ein Vermächtniß verſchrieben worden, wirklich vorhanden geweſen, von dem Erben aber wider Willen des Erblaſſers aus böslichen Abſichten vernichtet worden ſey. In einem ſolchen Fall würde der Legatarius, in Ermangelung näherer Beweiſe, welche die eigentliche Größe des Vermächtniſſes auſſer Streit ſetzen, nach richterlichem Ermeſſen und bewandten Umſtänden nach zum iuramento in litem zuzulaſſen ſeyn [c]), ſo wie gegentheils der Erbe, oder Beſitzer der Erbſchaft, in ſoferne ihm aus dem Teſtament erweislich ein Erbrecht zugeſtanden, deſſelben verluſtig zu erklären [d]), bey dem gänzlichen Mangel eines in dem letzten Willen des Erblaſſers gegründeten Erbrechts aber als ein Betrüger auf das nachdrücklichſte zu beſtrafen [e]), und überdieß zur Auslieferung der Erbſchaft mit allen Nutzungen, die er beweislich erhoben hat und hätte erheben können, anzuhalten iſt [f]).

c) *L. 2. 4. 5. D. de in litem iurand.*

d) LEYSER *Spec.* 398. *n.* 7. HELLFELD *in Iurisprudent. forenſ.* §. 1567.

e) *Arg.* Art 112. P. G. O.

f) *Arg. L.* 22. 62. *de rei vindicatione.* STRECKER *Diſſ de eo quod iuſtum eſt circa reſtitutionem fructuum, Erford.* 1723.

XVII.

XVII.

Verſuch einer richtigen Beſtimmung des Verhältniſſes der gemeinen in Deutſchland üblichen Strafen gegen einander.

Da ſehr oft, bald die Beſchaffenheit des Orts, bald der beſondere Zuſtand des Verbrechers, bald andere Vorkommenheiten, es, wo nicht unmöglich, doch wenigſtens ſchwer machen, diejenige Strafe, die entweder nach den Geſetzen, oder in Ermangelung derſelben, nach dem Gerichtsgebrauch, ſtatt finden müßte, dermalen wirklich in Anwendung zu bringen, ſo iſt die Beantwortung der Frage: welche Strafen einiges Verhältniß zu einander haben, und unter welchen Umſtänden ſie allenfalls anſtatt der andern gebrauchet werden können? allerdings von Wichtigkeit und vielen Nutzen. Bey dem Mangel geſetzlicher Vorſchriften iſt es freylich mit Schwierigkeiten verbunden, dieß Verhältniß unterſchiedener Strafen zu einander ganz genau und vollſtändig zu beſtimmen, zumal es an und für ſich unmöglich iſt, daß zwey unterſchiedene Strafen, ſowohl in Abſicht auf die dadurch zugefüget werdenden Uebel, als in Betracht der zu beſtrafenden Perſonen, für ſolche, die genau und unter allen Umſtänden mit einander übereinſtimmen, mithin im eigentlichen Verſtande für Strafen,

die ein Verhältniß zu einander haben, oder da eine anſtatt der andern ohne alles Bedenken zu wählen, angeſehen werden können. Da dieſe Materie in den meiſten Lehrbüchern des peinlichen Rechts kaum berühret, geſchweige zu einigen gewiſſen Grundſätzen gebracht, vielmehr bisher faſt ganz vernachläßiget worden war, ſo iſt in der gegenwärtigen Abhandlung von mir zum wenigſten der Verſuch gemacht, das Verhältniß der gemeinen und in Deutſchland üblichen Strafen gegen einander etwas näher, als bisher geſchehen, nach den Geſetzen und den mir bekannten Erkenntniſſen verſchiedener angeſehenen Rechtscollegien zu beſtimmen. Sehr angenehm muß es mir ſeyn, wann der gegenwärtige Verſuch, den ich bey dieſer neuen Auflage hie und da verbeſſert, dazu dienen ſollte, der Willkühr der Untergerichte engere Grenzen zu ſetzen, dieſe Materie überhaupt auf gewiſſere Grundſätze zu bringen; und andern eine Veranlaſſung zu geben, um die Materie von dem Verhältniß der Strafen, die von ſo vielen bereits von der philoſophiſchen und politiſchen Seite in Erwegung gezogen worden, auch in ſofern, als ſie eigentlich heutiges Tages in den Gerichten wirklich anwendbar iſt, vollſtändig zu bearbeiten.

---

§. 1.

§. 1.

Strafen, die nach der peinlichen Gerichts-Ordnung ein Verhältniß zu einander haben, und bey denen ſolches noch heutiges Tages ſtatt findet.

Zu den Strafen, die nach der peinlichen Gerichts-Ordnung als ſolche, die einiges Verhältniß zu einander haben, angeſehen werden können, und wovon noch heutiges Tages, bewandten Umſtänden nach, die eine an ſtatt der andern gebrauchet werden kann, gehöret 1) das Schleiffen zur Gerichtsſtätte, und einige Griffe mit glühenden Zangen [a]). Im Fall von keiner Wahl der Strafe an ſtatt der andern die Rede iſt, pfleget nach dem Gerichtsgebrauch das ſogenannte Reiſſen mit glühenden Zangen beſonders auf wiederholte Mordthaten, das Schleifen zur Gerichtsſtätte aber anderer beſchwerenden Umſtände weger,

a) Art. 130. P. G. O. in den Worten: „Doch zu „mehrer Forcht andern, ſollen ſolche boßhafftige „mißtätige Perſonen, vor der endtlichen Todtſtraff geſchleyfft oder etlich Griff inn jre Leib „mit glüenden Zangen gegeben, vil oder wenig, „nach ermeſſung der Perſon und Tödtung, wie vom „Mordt deshalb geſetzt iſt,“ ſ. auch Art. 137. P. G. O. in den Worten; „und man mag inn fürgeſeztem Mordt, ſo der an hohen trefflichen Perſonen des Thäters eygen Herrn, zwiſchen Ehleuten „oder nahendt geſipten Freunden geſchicht, durch „ettlich Leibſtraff als mit Zangen Reiſſen, oder „Außſchleyffung vor der endtlichen Tödtung „umb groſſer Forcht willen die ſtraff mehren.“

gen, bey Capital-Verbrechen erkannt zu werden. Es können auch nach der Rechtslehrer Zeugniß beyde Arten der Schärfungen der Todesſtrafe zugleich ſtatt finden [b]), und es kann ſolchergeſtalt ſodann darauf erkannt werden, wenn die Größe des Verbrechens zur Bewirkung eines ſtärkern Eindrucks ſolches erfordern möchte. 2) **Die Landesverweiſung und das Aushauen mit Ruthen** [c]). Da mit den letzteren gewöhnlichermaſſen die Landesverweiſung verbunden zu seyn pfleget [d]), ſo ſcheinet es, im Fall man in dem Artikel nicht etwa anſtatt **oder**, **und** leſen müſſe, daß der Kaiſer Karl der Fünfte das eben beſchriebene Verhältniß bey dem Laſter der Verfälſchung nur in ſoferne habe beſtätigen wollen, als dem Verbrecher etwa einige Milderungs-Gründe zu ſtatten kommen dürften. 3) **Die Stellung am Pranger, und die Stellung ins Halseiſen** [e]).

Die-

b) BOEHMER *ad* CARPZOV. *q.* 128. *Obſ.* 8. und *in Meditatt. ad art.* 194. *CC.*

c) Art. 113. P. G. O. in den Worten: „Item wel„cher bößlicher und gefehrlicher weiß, Maß, wag, „gewicht, Specerey oder ander Kauffmanſchaft, „fälſcht, und die für gerecht gebraucht und außgibt, „der ſoll zu peinlicher Straff angenommen, im das „**Landt verbotten**, oder **an ſeinem Leib**, **als** „**mit Ruten ausgehawen** oder dergleichen, nach „Gelegenheyt und geſtalt der überfarung geſtrafft „werden.“

d) **Grundſätze des deutſchen peinlichen Rechts. Dritte Auflage** §. 77. *d.*

e) Art. 115. P. G. O. in den Worten: „Item ſo eyn „**Procurator fürſetzlicher gefehrlicher** weiß ſeiner

„Parthei

Dieſes Verhältniß ſetzet, meinem Bedünken nach, wiederum einige vorhandene Milderungs-Gründe voraus. Denn, wie die Stellung am Pranger, oder an einem öffentlichen Schandpfahl allemal die Ehrloſigkeit zur Begleiterin hat, und daher einer eigentlichen Leibesſtrafe gleich geachtet wird [f]), ſo hat im Gegentheil die Stellung ins gemeine Halseiſen den Verluſt der Ehre nicht zur Folge. Daher pfleget auch die letztere einer Leibesſtrafe nicht gleich geachtet; ſondern nur zu den geringen, oder bürgerlichen Strafen gerechnet, und darum auch von ſolchen Gerichten, die nur die niedere Gerichtsbarkeit haben, erkannt zu werden [g]). 4) Die Landesverweiſung und die Verſtrickung in einen gewiſſen Bezirk, oder Ort [h]).

Wenn

„Parthei im bürgerlichen oder peinlichen Sachen zu „Nachtheyl, und dem Widertheyl zu gut handelte, „und ſollicher übelthat überwunden würde, der ſoll „zuförderſt ſeinem Theyl, nach allem Vermögen ſei„nen ſchaden ſo er ſollicher ſachen halb empfecht, wi„derlegen, und darzu inn Pranger oder Hals„eiſen geſtellt, mit Ruten ausgehawen, des Landts „verbotten, oder ſunſt nach gelegenheyt der Miß„handlung inn andere weg geſtrafft werden.“

f) Eiſenhart in den Rechtshändeln im 9ten Theil *n.* 3.

g) PUFENDORF *de iurisdict. german. P.* 2. *S.* 3. *c.* 1. §. 314. und *P.* 2. *S.* 4. *c.* 7. §. 132. Meiſter in der ausführlichen Abhandlung des peinlichen Proceſſes in Teutſchland im erſten Abſchnitt, im zworen Hauptſtück §. 5. S. 34.

h) Art. 161. P. G. O. „Item ſo jemandt zum an„dern mal, doch auſſerhalb einſteigens oder Bre„chens,

Wenn gleich in dem Fall, wovon das Geſetz redet, die Verſtrickung heutiges Tages nicht leicht vorkommen kann [i]), ſo haben doch beyde Strafen an und für ſich das genaueſte Verhaltniß zu einander, und man pfleget daher auf die Verſtrikkung zu erkennen, wenn erhebliche Gründe die Landesverweiſung wiederrathen, und überdieß der eigentliche Endzweck der Strafe durch erſtere ſicherer und beſſer, als durch letztere erreichet werden kann [k]). 5) **Das Stellen am Pranger und die Verweiſung auſſer Landes** [l]). Da gewöhnlich mit der Stellung am Pranger die Landesverweiſung verbunden zu ſeyn pfleget, ſo kann die letztere zu der erſteren nur ſodann einiges Verhältniß haben, wann etwa vorhandene Milderungs-Gründe die Landesverweiſung an ſtatt der Stellung am Pranger anrathen.

§. 2.

„chens, als obſteht, geſtohlen hett, und ſich ſolche „beyde Diebſtal auff gründigte Erfarung der warheyt, als hievor von ſollicher Erfarung klärlich geſetzt iſt, erfunden. Auch dieſelben zwen Diebſtal, „mit fünf gülden oder darüber werth ſeindt, ſo beſchwert der erſte Diebſtal den andern, darum mag „derſelbig Dieb im Branger geſtelt, und das „Landt verbotten, oder in denſelben Zirck „oder Ortt, darinn er verwirkt hat, ewiglich „zu bleiben verſtrickt werden.“

i) Grundſätze des deutſchen peinl. Rechts §. 361.

k) BOEHMER *ad art.* 161. CC. §. I. I. STRYCK *de confinat.*

l) Art. 123. P. G. O.

§. 2.

Strafen, die nach der peinlichen Gerichts-Ordnung zwar ein Verhältniß zu einander haben, das aber entweder gänzlich, oder doch an den meiſten Oertern auſſer Anwendung iſt.

Zu der angeführten Art der Strafen gehören, 1) die Strafe des Rades und des Waſſers. Die Geſetze beſtimmen den Weibsperſonen wegen begangener Mordthaten und beſonders der Vergiftung, die letztere [a]). Allein, an den mehreſten Oertern, beſonders auch in den Mecklenburgſchen und Pommerſchen Landen iſt die Strafe des Ertränkens auſſer Gebrauch, und es pfleget an deren Stelle auf die Strafe des Schwerdts, nach vorgängiger Schärfung durch Schleiffen zur Gerichtsſtätte, oder durch Reiſſen mit glühenden Zan-

a) Art. 130. P. G. O. „Item wer jemandt durch „Gift oder Vhenen, an Leib oder Leben beſchädigt, „iſt es eyn Mannsbildt, der ſoll eynem fürgeſatzten Mörder gleich mit dem Radt zum „Todt geſtrafft werden. Thet aber eyn Mißthat eyn Weibßbilde, die ſoll man ertrenken, „oder inn andere weg nach gelegenheyt vom Leben „zum Todt Richten. Doch zu mehrer Forcht andern, ſollen ſolche boßhafftige mißtätige Perſonen, „vor der endtlichen Todtſtraff geſchleyfft oder etlich „Griff inn jre Leib mit glüenden Zangen gegeben „werden, vil oder wenig nach ermeſſung der Perſon „und Tödtung, wie von Mordt deshalb geſetzt iſt.“

Zangen, erkannt zu werden [b]). 2) Die Straſe des Galgens und des Waſſers. Dieſes Verhältniß beſtatiget die peinliche Gerichts-Ordnung in dem Falle, wann Weibsperſonen gefährliche Diebſtähle begangen, oder zum drittenmal geſtohlen haben, und dieſerhalb am Leben zu beſtrafen ſind [c]). Nach älteren ſtatutariſchen Rechten pflegten Weiber, wenn ſie Dieberey halben am Leben zu beſtrafen waren, lebendig begraben zu werden [d]), obwohl ſich auch aus den vorigen Zeiten Beyſpiele finden, daß ſie mit dem Strange beſtrafet worden [e]). Heutiges Tages aber pflegen Diebinnen, wann ſie das Leben verwirket haben, ſowohl mit dem Strange, als der Straſe des Waſſers verſchonet, und höchſtens mit dem Schwerdt beſtrafet zu werden [f]). Man ſuchet dieſen Gebrauch daher zu vertheidigen, weil die letztere Strafe der Wohlanſtändigkeit vermeyntlich ange-

b) *Ius Mecklenburgicum et Lubecenſe illuſtratum Cent.* 4. *Iud.* 68. MANTZEL *in Iur. Crimin. Mecklenb. p.* 19. 38. 47.

c) Art. 159. und 162. P. G. O.

d) So heißt es unter andern in einem alten Lübeckſchen Codice: „Dat Wief, de mit Duve verſchuldet „to hangende ſcal man levendig vergraven dorch „Viſlikere,“ ſ. WESTPHAL *in monument. inedit. T.* 3. *p.* 659.

e) CARPZOV. *q.* 82. *n.* 70. 71. MANTZEL *Diſſ. de fure femina* §. 9. und 12.

f) LUDOVICI und KRESS *ad art.* 162. *CC.* STRYCK *in V. M. Tit. de furt.* §. 2.

angemeſſener, als die erſteren iſt [g]). Es iſt inzwiſchen nicht zu läugnen, daß die Frage von der Anwendung des Verhältniſſes dieſer Strafen bey dem gewöhnlichen Mangel des animi occidendi, bey Weibsperſonen worauf es bey Anwendung der Todesſtrafe in Diebſtählen gleichwohl am meiſten ankommt [h]), nicht leicht entſtehen könne, indem man die Weibsleute an deſſen Statt gewöhnlich zum Zucht und Spinnhauſe verurtheilet, und die Dauer nach der Größe des Vorſatzes und des verurſachten Schadens beſtimmet, zumal ihnen die Verführung und Verleitung in den mehreſten Fällen zur Milderung der Strafe gereichet. 3) **Die Strafe des Schwerdts und des Waſſers.** Der Kaiſer **Karl der Fünfte** beſtätiget dieſes Verhältniß bey der Abtreibung der Leibesfrucht, und der vorſätzlich beförderten Unfruchtbarkeit nach dem Unterſchiede der Geſchlechter [i]). Da inzwi-

Q 2 ſchen

g) Dieſerhalb ordnet das Lübeckſche Recht B. 3. Tit. 1. Art. 4. und 5. folgendergeſtalt: „Hat eine „Frau Diebſtals wegen ihr Leben verwirket, iſt die „Summe über fünf gülden in goldt, man ſoll ſie „umb weiblicher Zucht willen mit dem Strange „verſchonen, ſondern mit dem Schwerdt Richten.“

h) BOEHMER *ad art.* 159. *CC.* §. 3.

i) Art. 133. P. G. O. „Item ſo jemandt eynem „Weibsbild durch bezwang eſſen oder Trincken, eyn „lebendig Kindt abtreibt, wer auch Mann oder Weib „unfruchtbar macht, ſo ſolch übel fürſetzlicher und „boßhafftiger weiß veſchicht, ſoll der **Mann** mit „dem Schwert, als eyn Todtſchläger und die „Fraw ſo ſie es auch an jr ſelbs thette, ertrenckt oder ſunſt zum todt geſtrafft werden.

„So

ſchen nach dem Gerichtsgebrauch auf das bloße Unfruchtbarmachen, bey dem Mangel eines zugleich begangenen Todtſchlages, ſo wenig [k]), als auf die Abtreibung der Leibesfrucht, bey dem gewöhnlichen Mangel einer genugſamen Gewißheit des Corporis delicti, die Todesſtrafe erkannt wird [l]), ſo kann das angezogene Verhältniß ſchon an und für ſich nicht leicht vorkommen. Wäre inzwiſchen ein ſolcher ungewöhnlicher Fall vorhanden, daß in Abſicht des Corporis delicti keine ſcheinbare Einwendungen gemacht werden könnten, auch die Abtreibung einer bewieſenermaßen gelebthabenden Leibesfrucht ſich in dem Vorſatz gründete, und es dabey an genugſamen Milderungs-Urſachen gänzlich mangelte, ſo würde heutiges Tages, gleichſam vermöge einer Ausnahme, ohne Unterſchied der Geſchlechter, dennoch nur höchſtens auf die Strafe des Schwerdts zu erkennen ſeyn. 4) **Die Abhauung der Hand, oder der Finger** [m]).

Weil

„So aber ein Kindt, das noch nit lebendig wer, „von eynem Weibßbildt getrieben würd, ſollen die „Urtheyler der ſtraff halber bei den Rechtverſtendi„gen oder ſunſt wie zu endt diſer Ordnung gemelt, „Radts pflegen.“

k) BOEHMER *ad art.* 133. *CC.* §. 13.

l) S. dieſe Beyträge im erſten Stück *n.* VII. S. 102.

m) Art. 108. P. G. O. „Item bricht eyner eyn ge„ſchworne Urphede mit ſachen und Thaten, darumb „er unſern Keyſerlichen Recht und diſer Ordnung „nach, zum Todt ohn das möcht geſtraft werden, „derſelben Todtſtraff ſoll Volg geſchehen. So aber „eyner

Weil nach dem heutigen Gerichtsgebrauch auf die Abhauung der Finger ſchlechterdings nicht [n]), und auf die Abhauung der Hand nur höchſtens zur Schärfung der Todesſtrafe erkannt zu werden pfleget [o]), ſo kann auch das Verhältniß zwiſchen beyden heutiges Tages nicht leicht weiter zu einiger Anwendung kommen. 5) **Das Ausſtechen der Augen und die Abhauung der Hand** [p]). Da die Ausſtechung der Augen nicht mehr zu den üblichen, oder angenommenen Strafen gehöret [q]), auch

„eyner eyn Urphede mit ſachen, darum er das Leben nit verwürkt hat, fürſezlich und freventlich verbreche, der ſoll als eyn Meyneydiger mit Abhawung der Handt oder Finger und andern, wie in nechſt obgemelten Artikel berürt, geſtrafft werden.“

n) Struben in dem 4ten Theil der rechtl. Bedenken *n*. 78.

o) Grundſätze des deutſchen peinlichen Rechts. Dritte Auflage §. 77. *n*.

p) Art. 159. P. G. O. in den Worten: „Darumb inn diſem Fall, der Mann mit dem ſtrang, und das Weib mit dem Waſſer oder ſonſt nach gelegenheyt der Perſonen, und ermeſſung des Richters in ander weg, mit Außſtechung der Augen, oder Abhawung eyner Handt, oder eyner anderen dergleichen ſchweren Leibſtraff geſtrafft werden ſollen.“

q) *Arg. L.* 17. *C. de poen.* „Si quis in metallum fuerit pro criminum deprehenſorum qualitate damnatus, minime in eius facie ſcribatur: cum et in manibus et in ſuris poſſit poena demnationis vna inſcriptione comprehendi: quo facies quae ad ſimilitudinem pulchretudinis eſt coeleſtis figurata minime maculetur.“ KRESS *ad art.* 159. *CC.*

auch die Abhauung der Hand, als eine Leibesſtrafe betrachtet, ebenfalls nicht mehr im Gebrauch iſt, ſo kann auch das Verhältniß zwiſchen beyden heutiges Tages nicht ferner angewandt werden. 6) Die Abſchneidung der Ohren und das Aushauen mit Ruthen [r]). Allein, auch dieſes Verhältniß iſt heutiges Tages auſſer aller Anwendung [s]).

§. 3.

Todesſtrafen, die nach dem Gerichtsgebrauch ein Verhältniß zu einander haben.

Von den gemeinen Todesſtrafen in Deutſchland haben, vermöge des faſt allenthalben eingeführten Gerichtsbrauchs, folgende ein Verhältniß zu

r) Art. 123. P. G. O. „Nachdem zum Dickermal „die unverſtendigen Weibsbilde, und zuvor die unſchuldigen Meydtlin, die ſunſt unverleumbt ehrlich „Perſonen ſeindt, durch ettliche böſe Menſchen „Mann und Weib, böſer betrüglicher Weiß, damit jn jr jungfrewlich oder frewlich ehr entnommen, zu ſündlichen fleiſchlichen Werken gezogen „werden, dieſelbigen boßhafftigen Kupler und Kuplerinn, auch die jhnen ſo wiſſentlicher gefehrlicher „und boßhafftiger weiß jre Heuſer darzu leihen, oder „ſolchs in jren Heuſern zu beſchehen geſtatten, ſollen nach Gelegenheyt der Verhandlung und Rath „der Rechtverſtendigen, es ſei mit Verweiſung des „Landts, ſtellung inn Branger, Abſchneidung „der Ohren, oder Aushawung mit Rutten, „oder andern geſtrafft werden.“

s) Grundſätze des peinlichen Rechts §. 77. n.

zu einander: 1) **Die Strafe des Stranges und des Schwerdts.** Da die Strafe des Galgens zu den ehrloſen gerechnet wird [a]), ſo werden Adeliche, Gelehrte, und andere, die dieſen am Stande gleich kommen, der Regel nach, damit verſchonet, und an deſſen Statt gewöhnlich mit der Strafe des Schwerdts beleget, wenn gleich ſonſt nach der Beſchaffenheit des Diebſtahls die Strafe des Galgens ſtatt finden müßte [b]). Auch Weibsbilder pflegen, im Fall ſie begangener Diebereyen halben das Leben verwirket haben, mit dem Strange, oder Galgen verſchonet und mit dem Schwerdt beſtrafet zu werden [c]). 2) **Die Strafe des Rades und die Strafe des Schwerdts mit einiger Schärfung vor der wirklichen Tödtung verbunden** [d]). Die letztere wird beſonders bey Vergiftungen und andern Mordthaten an ſtatt der erſteren erwählet, wenn Frauensleute ſich ſolche Miſſethaten haben zu

a) TENZEL *de eo quod iuſtum eſt circa poenam furtorum.*

b) TAVBER *de licita in criminal. proſopolepſia. Alt.* 1720. MAVRIT. *de nobilitat. german. Th.* 47. MANTZEL *de reſpectu perſonar. in foro criminali. Roſtochii* 1737.

c) *Ius Mecklenb. et Lubec. illuſtrat. Cent.* 4. *Iud.* 68.

d) Die Strafe des Schwerdts pfleget am meiſten durch Schleiffen zur Gerichtsſtätte, durch Zangenreiſſen, durch ein Handabhauen vor der Tödtung, und durch ein Stecken des Kopfes und der Hand auf beſondere Pfähle, nach der Hinrichtung geſchärfet zu werden. KOCH *Inſt. Iur. Crimin.* §. 115.

Schulden kommen laſſen. Denn, da die peinliche Gerichts Ordnung die Strafe des Rades, ohne der Mörderinnen zu erwähnen, nur den Mördern beſtimmet [e]), die Strafe des Ertränkens aber, die nach der Analogie dem Anſchein nach ſtatt finden könnte [f]), an den mehreſten Oertern auſſer Anwendung iſt, ſo ſcheinet der Gerichtsgebrauch, nach welchem bey Weibsperſonen an ſtatt der Strafe des Rades auf die Enthauptung nach beſchriebener vorgängigen Schärfung erkannt wird, auf guten Gründen zu beruhen. Es wollen aber gleichwohl angeſehene Rechtslehrer das weibliche Geſchlecht nicht von der Strafe des Rades, wann ſolche an und für ſich bewirkt, nicht befreiet wiſſen [g]). Neuere Beyſpiele, nach denen Weibsleute begangener Mordthaten halben mit fliegenden Haaren auf hährnen Decken zum Richtplatz geſchleift und von oben herunter gerädert worden, ſtimmen damit überein. Es kann jedoch auch das angeführte Verhältniß bey Mannsleuten ſodann vorkommen, wenn zwar eine vorſätzliche Mordthat nicht zu bezweifeln iſt, indeſſen erhebliche Milde-

e) Art. 130. und 137. P. G. O.

f) Denn der Art. 130. P. G. O. beſtimmte den Giftmiſcherinnen, die ebenfals als eigentliche Mörderinnen anzuſehen, die Strafe des Ertränkens, und daher ſcheinet es, daß der Art. 137. P. G. O. die Strafe des Ertränkens bey Weibsleuten, die Mordthaten begangen haben, ſchon als feſtgeſetzet, oder entſchieden zum voraus ſetze.

g) WERNHER *P*. 10. *Obſ*. 444. *n*. 8.

Milderungs-Gründe vorhanden ſind. 3) Die Strafe des Viertheilens und des Feuers, imgleichen die Strafe des Feuers, oder des Viertheilens und das Rädern von unten auf. Obzwar die Strafe des Feuers, ſowohl ihrer Beſchaffenheit, als ihren Folgen nach, für die ſchrecklichſte Todesſtrafe gehalten zu werden pflegetʰ), ſo ſcheinet dennoch die Strafe des Rades, beſonders, wenn ſie von unten auf vollzogen wird, (welches gleichwohl in der Regel nicht geſchiehetⁱ),) mit der Viertheilung und der Strafe des Feuers im Verhältniß zu ſtehen. Es kann daher unter denjenigen Einſchränkungen, unter denen eine Strafe in eine andere überhaupt verwandelt werden darf (§. 18. 19.), die Strafe des Räderns von unten auf an ſtatt der Viertheilung, oder der Strafe des Feuers vorkommenden Umſtänden nach, erkannt werden. 4) Die Strafe des Galgens und die Strafe des Schwerdts mit dem Flechten aufs Rad nach geſchehener Enthauptung verbunden. Das Verhältniß des Galgens zu der Strafe des Schwerdts mit dem Flechten des Leichnams aufs Rad verbunden,

h) *L. 28. pr. D. de poen.* v. „Capitalium poenalium „fere iſti gradus ſunt. Summum ſupplicium eſſe „videtur *ad furcam damnatio*, item *viui cre„matio*, *quod quanquam ſummi ſupplicii appel„latione merito contineretur:* tamen eo, quod „poſtea id genus poenae adinuentum eſt, poſte„rius primo viſum eſt, item capitis amputatio."

i) BOEHMER *ad art.* 192. *CC.* KOCH *Inſt. Iur. Crimin.* §. 109. *n.* 1.

bunden, kommt beſonders ſodann vor, wenn ein Miſſethäter zugleich ſowohl des Raubes, als des Diebſtahls halben das Leben verwirket hat. Denn, in einem ſolchen Fall ſtehet, nach den Meynungen verſchiedener Rechtslehrer, dem Urthelsfaſſer die Wahl unter beyden Strafen zu [k]). Da dieſer Fall in den Geſetzen nicht entſchieden iſt, ſo ſcheinet das beſchriebene Verhältniß zwar dem erſten Anſehen nach vieles für ſich zu haben. Weil inzwiſchen der Gebrauch des Rades nur eigentlicher Mordthaten halben in den Geſetzen beſtätiget worden, ſo iſt auch, meinem Bedünken nach, ein Räuber, der zugleich Raubes und Diebſtahls halben das Leben verwirket hat, in der Regel nur mit dem Galgen zu beſtrafen, es wäre dann, daß bey dem Raube und Diebſtahl zugleich ein ſolcher Todtſchlag begangen worden, auf den des Thäters Abſicht vor dem Raube und Diebſtahl nicht unmittelbar gerichtet geweſen, und der ſolchergeſtalt nicht die Eigenſchaften eines eigentlichen Mordes hätte [l]), da denn unter ſolchen Umſtänden das Flechten des Leichnams aufs Rad unbedenklich iſt. Es

k) SCHÖPF. *de concurſu delictorum* §. 14. BERGER *in Elect. Crimin. c.* 2. *m.* 1. §. 24. Struben in dem fünften Theil der rechtlichen Bedenken *n.* 59.

l) Denn, im Fall das Gegentheil seyn ſollte, und ein Räuber bey Vollendung ſeines Raubes, die Begehung eines Todtſchlages ſich ſchon vorher vorgeſetzet hätte, ſo würde derſelbe als ein eigentlicher Mörder anzuſehen, und daher nicht ſowohl mit dem Schwerdt oder Galgen, als vielmehr mit dem Rade

Es ſind jedoch Landesgeſetze, nach denen ſchon eines jeden Raubes halben, wenn er gleich von keiner Bande oder Rotte unternommen worden, auf die Strafe des Schwerdts nebſt Flechtung des Körpers aufs Rad zu erkennen iſt [m]). An den meiſten Oertern iſt das letztere ſodann im Gebrauch, wenn eine öffentliche Räuberey zu mehrerenmalen geſchehen, oder vielleicht mit Verwundungen verbunden geweſen wäre [n]). 5) **Die Strafe des Feuers und die Enthauptung mit dem Verbrennen des Leichnams verbunden.** Dieſes Verhältniß kann vorzüglich ſodann zur Anwendung kommen, wenn einem Miſſethäter, der ſeiner

Rade zu beſtrafen seyn. S. meine Grundſätze des deutſchen peinl. Rechts §. 253. und 257.

m) Das Churſächſ. Reſcript vom 27ſten April 1762. in welchem verordnet: „Daß bey Einbrü„chen und Räubereyen, welche von Banden oder „Rotten mit Ausübung vieler Gewalt an den Be„raubten durch peinigen, ſchlagen, verwunden, und „dergleichen begangen worden, auf die Strafe des „Rades, wo aber keine ſonderliche Gewalt ausge„übet worden, auf die Strafe des Stranges, und „wenn ein Raub von keiner Bande oder Rotte un„ternommen worden, auf die Strafe des Schwerdts „nebſt Flechtung des Cörpers auf ein Rad erkannt „werden ſoll." S. PÜTTMANN *in Element. Iuris Criminalis. Lipſ.* 1779. § 485. PAVLI *Diſſ. de vera rapinae indole eiusque ex principiis Iur. Sax. Elect. coercitione. Viteb.* 1777.

n) BOEHMER *ad art.* 126. *CC.* §. 9. Meiſter in dem erſten Theil der rechtl. Erkenntniſſe in peinl. Fällen *Dec.* 5. *n.* 17. KRESS *ad art.* 126. *CC.* §. 1. *n.* 3.

ner begangenen That halben an und für ſich betrachtet mit dem Feuer zu beſtrafen wäre, einige Milderungs-Gründe zu ſtatten kommen, welche die Gröſſe des Vorſatzes einigermaſſen ſchwächen [o]).

§. 4.

Verhältniß der Verurtheilung zur Karre, oder zum Veſtungsbaue mit der Zuchthausſtrafe.

Wenn gleich, nach den Meynungen unterſchiedener Rechtslehrer, einige Verbrechen, z. B. das Betteln [a]), die Hurerey, der Ehebruch, der Bankerut, und die Betrügerey gewöhnlich mit einem angemeſſenen Aufenthalt im Zuchthauſe zu beſtrafen ſind [b]), ſo hat es doch keinen Zweifel, daß überhaupt bey ſchweren Miſſethaten, welche die öffentliche Ruhe und Sicherheit ſtöhren, zumal, wenn ſie von geſunden und boshaften Mannsperſonen begangen ſind, am meiſten auf die Verurtheilung zum Veſtungsbau, oder Karrenſchieben zu erkennen ſey, Weibsbilder aber, ohne Unterſchied der von ihnen begangenen Verbrechen, wenn anders den Umſtänden nach, eine eigentliche Leibesſtrafe ſtatt findet, nur mit einem ver-

o) Grundſätze des peinl. Rechts §. 75. *n. e.*

a) *Arg L. un. C. de mendicant. valid.*

b) REINHART *de ergaſtulis eorumque Iure. Erford.* 1734. §. 4. Grundſätze des deutſchen peinlichen Rechts. Dritte Auflage §. 78.

verhältnißmäßigen Zuchthauſe zu beſtrafen ſind [c]). Ob nun zwar letzteres von niemand leicht bezweifelt wird, ſo pflegen dennoch nicht alle Rechtscollegien den angegebenen Unterſchied genau und ohne Ausnahme zu beobachten, oder auf die Verurtheilung zum Veſtungsbau ſodann ſchlechterdings zu erkennen, wenn ſolche vermöge der angeführten Grundſätze an und für ſich ſtatt finden müßte. Es iſt auch dieſe Gewohnheit um ſo weniger zu tadeln, als in einigen Ländern viele, in andern aber wenigere Anſtalt zur Verurtheilung zu öffentlichen Arbeiten vorhanden iſt, ja in einigen es wohl gar daran und beſonders an wohl eingerichteten Zuchthäuſern annoch mangelt. Aus dieſem Grunde heiſſet es in einigen Erkenntniſſen: daß Inquiſit mit dem Veſtungsbau, oder Zuchthauſe [d]); in andern: daß er mit dem Veſtungsbau, oder andern öffentlichen Arbeiten [e]); in andern: daß er mit dem Zuchthauſe, oder der Verurtheilung zu andern öffentlichen Arbeiten zu beſtrafen [f]); und endlich: daß Inquiſit bey dem gänzlichen Mangel der Anſtalt zu öffentlicher Arbeit mit dieſer, oder jener Leibesſtrafe zu belegen. Inzwiſchen verdoppelt man gewöhnlich in den Erkenntniſſen, worin auf eine ſolche Alternirung erkannt wird,

c) Meiſter in den rechtlichen Erkenntniſſen in peinlichen Fällen *Dec.* 24. 55. 61. und 62.

d) Meiſter a. O. *Dec.* 6. und 52. *Dec.* 106. 108.

e) Meiſter a. O. *Dec.* 12.

f) Meiſter a. O. *Dec.* 26.

wird, auf dem Fall, daß die Verurtheilung zum Zucht- oder Spinnhauſe an ſtatt des Veſtungsbaues erwählet würde, die Dauer der erſteren, und es heißt ſodann in ſolchen Erkenntniſſen: daß Inquiſit auf ein Jahr zur Karre, oder zum Veſtungsbau zu verurtheilen, in deſſen Ermangelung aber mit dem Zucht- oder Spinnhauſe auf zwey Jahre zu beſtrafen. Würde inzwiſchen ein Verbrecher auf ſeine ganze noch übrige Lebenszeit zum Veſtungsbau, oder in deſſen Ermangelung, zum Zuchthauſe verurtheilet, ſo füget man in dem letzteren Fall, entweder in Anſehung der zu leiſtenden Arbeit, oder auch in Abſicht auf die Beköſtigung g) eine gewiſſe Schärfung gewöhnlich hinzu.

§. 5.

Verhältniß der Verurtheilung zu öffentlichen Arbeiten, oder Gefangenſchaft auf Lebenszeit zu dem Staupbeſen mit der ewigen Landesverweiſung verbunden.

So gewöhnlich ehemals der Staupbeſen war, indem er bey allen Arten von Miſſethaten, da den vor-

g) Die erkannte Zuchthausſtrafe wird daher dadurch allerdings geſchärfet, wenn in den Erkenntniſſen, wie zuweilen geſchiehet, beſonders hinzugefüget wird, daß der Inquiſit während ſeines Aufenthalts im Zuchthauſe ſich lediglich mit Waſſer und Brodt beköſtigen ſolle. LEYSER *Spec.* 550. Allein, ſelbſt in dem Fall, da ſolchergeſtalt ausdrücklich erkannt wor-

vorhandenen Umſtänden nach auf eine ſchwere Leibesſtrafe zu erkennen war, ſtatt fand [a]). So wenig pflegen diejenigen Schöpfenſtühle, die bey ihren Erkenntniſſen in peinlichen Fällen eines von den Hauptzwecken der Strafe, nämlich der zu bewirkenden Beſſerung des Verbrechers nicht verfehlen, heutiges Tages auf denſelben zu erkennen [b]). An denjenigen Oertern, wo nur irgend Anſtalt zu öffentlichen Arbeiten vorhanden, oder, wo ſolche wenigſtens in der Nähe ohne ſchwere Koſten zu haben iſt, ziehet man ſolche der Strafe des Staupbeſens bey weitem vor [c]). Auch da, wo dieſe Arten von Anſtalten gänzlich mangeln, pfleget man bey dem Gebrauch des Staupbeſens die äuſſerſte Vorſicht zu beweiſen, und denſelben nur ſodann annoch zuzulaſſen, wenn die Hofnung der Beſſerung bey der bereits ins männliche Alter fortgeſetzten üblen Lebensart des Verbrechers gänzlich

worden, bleibet es den Gerichten unbenommen, einem ſolchen Züchtlinge wenigſtens in jeder Woche einmal warme Speiſe zu reichen. Es verſtehet ſich auch im übrigen von ſelbſt, daß die Beköſtigung mit Waſſer und Brodt auf die Zeit, da ein ſolcher Züchtling krank und elend iſt, nicht zu ziehen ſey.

a) CARPZOV. *q.* 129. *n.* 27. *ſeqq.* BOEHMER *ad* CARPZOV. *q.* 129. *Obſ.* 1.

b) BODINVS *de fuſtigat. iniquo vſu hodierno. Hal.* 1705. BECKER *Diſſ. an poena fuſtigat. cum perpet. relegat. coniuncta reprobanda ſit. Roſt.* 1759.

c) WERNHER *P.* 5. *Obſ.* 51. BOEHMER *ad* CARPZOV. *c. l.*

lich fehlet [d]). Einige Schöpfenſtühle und andere Gerichte haben die Gewohnheit, annoch auf den Staupbeſen zu erkennen, wann die Verurtheilung zu öffentlichen Arbeiten vorkommenden Umſtänden nach auf Lebenszeit ſtatt findet, und verbinden ſolchergeſtalt den Staupbeſen allemal mit der Verurtheilung zu lebenswierigen öffentlichen Arbeiten [e]). Unter dieſen Einſchränkungen würde ſich der Gebrauch des Staupbeſens auch noch heutiges Tages füglich vertheidigen laſſen. Allein, da hier nicht von dem Staupbeſen in Verbindung mit einer andern Leibesſtrafe, ſondern von dem Staupbeſen, als einer beſondern Leibesſtrafe die Rede, ſo iſt auch nur über die Beantwortung der Frage: in welchem Verhältniſſe der Staupbeſen mit der Verurtheilung zu öffentlichen Arbeiten ſtehe [f])? Streit unter den Rechtsgelehrten. Denn, ſo überzeugend und einleuchtend auch die Gründe wider den Gebrauch des Staupbeſens ſind, ſo ſchwierig ſcheinet

d) BOEHMER *Tom.* 2. *Conſ.* 1007. *n.* 19. HARPRECHT *Dec.* 1. *n.* 35. Bey dem gänzlichen Mangel aller Anſtalten zu offentlichen Arbeiten, möchte ſich anſtatt des Staupbeſens, der Gebrauch, den Verbrecher öffentlich am Pfahl mit der Ruthe oder Karbatſche auf den Rücken züchtigen zu laſſen, und ihn demnächſt, ohne letzteres auf eine ehrloſe Weiſe vorzunehmen, des Landes auf ewig zu verweiſen, im äuſſerſten Nothfall rechtfertigen laſſen.

e) LEYSER *Spec.* 536. *n.* 9. Schmidt in den öffentlichen Rechtsſprüchen. Jena 1777. *n.* 118.

f) Bey der ſchwächlichen Leibesconſtitution eines Verbrechers wird derſelbe zuweilen anſtatt des Staupbeſens im Gefängniß mit Ruthen gezüchtiget. LEYSER 535. *n.* 11.

ſcheinet doch eine genaue und unter allen Umſtänden zutreffende Beantwortung dieſer Frage zu ſeyn. Dennoch hänget von derſelben richtigen Entſcheidung um deswillen gar viel ab, weil bey der Unzulänglichkeit der peinlichen Geſetze in Deutſchland das meiſte, bey Beurtheilung peinlicher Fälle auf den Gerichtsbrauch beruhet [g]), und nach demſelben, wenigſtens, wenn man ältere Rechtslehrer und deren Entſcheidungen zu Rathe ziehet, häufig auf den Staupbeſen, den man jetzo mit Grunde verwirſt [h]), zu erkennen iſt. Verſchiedene Rechtslehrer wollen zwar in ſolchen Fällen, da ein Verbrecher vormals mit dem Staupbeſen zu beſtrafen geweſen iſt, denſelben heutiges Tages zum Veſtungsbau, oder zum Zuchthauſe auf Lebenszeit verurtheilet wiſſen [i]). Allein, dieſe Meynung verdienet um ſo weniger Beyfall, als ſelbſt die peinliche Gerichts-Ordnung den Staupbeſen nur als eine Leibesſtrafe beſtätiget [k]), die lebenswierige Gefangenſchaft aber für eine ſolche Strafe, die der Todesſtrafe gleich kommt, anſiehet [l]). Hieraus ſind die Grundſätze der Rechtslehrer

g) MEISTER *Diſſ. de Iur. Rom. Crimin. in Germ. maxime hodiern. auctoritate. Goet.* 1766. §. 26. 33. ſ. *Select. opuſc. n.* 1.

h) PUTTMANN *in Element. Iur. Crimin.* §. 74.

i) LEYSER *Spec.* 641. und 648. Carrach in den rechtl. Urtheilen und Gutachten in peinl. Sachen *n.* 3.

k) Art. 115. 159. und 192. P. G. O.

l) Art. 10. und 101. P. G. O.

lehrer zu erklären, nach denen ein Miſſethäter nur ſodann auf Lebenszeit zu den öffentlichen Arbeiten, oder zur Gefangenſchaft zu verurtheilen iſt, wenn das Verbrechen ſowohl an und für ſich, als den mehreſten Umſtänden nach capital iſt, inzwiſchen einige Bedenklichkeiten die Erkennung der Todesſtrafe wiederrathen, oder auch, wenn jenes zwar nicht zu den Capital-Verbrechen gehöret, inzwiſchen nicht allein beſchwerende Umſtände eintreten, ſondern auch die Hofnung der Beſſerung bey dem Verbrecher gänzlich mangelt, überdieß auch der Staat und die angränzenden Länder durch die Freylaſſung des Gefangenen vielen Gefahren bloß geſtellet werden dürften [m]). Bey dem Mangel der angeführten Umſtände pflegen die Schöpfenſtühle an ſtatt des Staupbeſens, nicht ſowohl auf die Verurtheilung zu öffentlichen Arbeiten auf Lebenszeit, als an deren Statt theils auf eine ſechsjährige Zuchthausſtrafe mit ewiger Landesverweiſung nach überſtandenem Zuchthauſe verbunden [n]), theils auf eine Verurtheilung zum Veſtungsbau, oder Zuchthauſe auf zwölf Jahre, nachdem der Inquiſit mit in den Händen habenden Ruthen eine Stunde lang im öffentlichen Pranger geſtellet geweſen, zu erkennen [o]). Andere

m) BROCKES *Obſ.* 327. Meiſter in den rechtl. Erkenntniſſen und Gutachten in peinl. Fällen *Dec.* 11. 31. 57. und 65.

n) Carrach a. O. *n.* 12.

o) SCHORCH *in Sentent. et Reſponſ. ſelect. Erford.* 1770. *Sent.* 35.

dere Rechtslehrer vergleichen den Staupbeſen mit der ewigen Landesverweiſung verbunden mit einem Zuchthauſe auf vier Jahre, und wollen ſolchergeſtalt das Verhältniß angenommen wiſſen [p]). Meinem wenigen Bedünken nach ließe ſich zwar die Verurtheilung zur Veſtungsarbeit, Karrenſchieben, oder anderer ſchweren Arbeit auf vier bis sechs Jahre mit der Strafe des Staupbeſens und der damit gewöhnlich verbundenen ewigen Landesverweiſung in Vergleichung bringen, dagegen aber wäre das Verhältniß des Staupbeſens mit der ewigen Landesverweiſung verbunden zu dem Zuchthauſe nur ſodann anzunehmen, wenn letzterem eine acht bis zehnjährige Dauer beſtimmt würde. Sowohl in dem Fall, wenn auf den Veſtungsbau, als in dem, wenn auf die Strafe des Zuchthauſes an ſtatt des Staupbeſens mit der ewigen Landesverweiſung verbunden erkannt wird, iſt die Stellung am gemeinen Strafpfahl auf eine Stunde vor der Abführung des Verbrechers vorkommenden Umſtänden nach damit zu verbinden [q]).

p) PÜTTMANN *c. l.* §. 75.

q) Da nun des zu ſtiftenden tieferen Eindrucks halben eine jede Strafe, wenn es immer geſchehen kann, öffentlich zu vollziehen, ſo iſt auch die Verbindung der Stellung am gemeinen, und die Ehre nicht raubenden Strafpfahl allerdings für eine ſolche Strafe zu halten, die dem Endzweck einer Beſtrafung vollkommen angemeſſen, da gegentheils die Stellung an einem infamirenden Pranger als eine Strafe, bey der einer der vornehmſten Endzwecke derſelben, nämlich die Beſſerung des Verbrechers nicht

§. 6.

Verhältniß der Landesverweiſung, jedoch ohne vorgängigen Staupbeſen, zu der Verurtheilung zu öffentlichen Arbeiten auf gewiſſe Jahre.

Obgleich die Landesverweiſung als eine ihren Endzweck häufig verfehlende Strafe in einigen Ländern durch beſondere landesherrliche Verordnungen aufgehoben worden [a]), in allen aber wenigſtens in Abſicht der Leibeigenen faſt gänzlich auſſer Gebrauch iſt [b]), es auch an und für ſich nicht zu läugnen ſtehet, daß bey dem Erkenntniß darauf mit vieler Vorſicht und Behutſamkeit zu verfah-

nicht zu erhalten ſtehet, billig zu verwerfen iſt. ſ. meinen Entwurf zum Geſetzbuch im erſten Theil. §. 55.

a) Struben in dem zweyten Theil der rechtl. Bedenken *n.* 108. §. 1. Das Königl. Preuß. Reſcript, daß die Delinquenten nicht mit dem Staupenſchlag und der Landesverweiſung, ſondern mit dem Karrenſchieben und Zuchthauſe zu beſtrafen. 1745.

b) In Mecklenburg und Pommern pfleget auf die Landesverweiſung bey Leibeigenen nicht erkannt, ſondern jene vielmehr in eine andere verhältnißmäßige Strafe verwandelt zu werden, ſ. *Ius Mekl. et Lubec. illuſtrat. Cent.* 4. *Iud.* 43. MANTZEL *in Iur. Crimin. Meckl.* und *in Diſſert. de limitib. Iuſtit. aequitatis, iuris aggratiandi et arbitrii iudicis. de* BALTHASAR *de hominib. propriis.*

verfahren ſey [c]), ſo leidet es dennoch auf der andern Seite keinen Zweifel, daß es gewiſſe Verbrechen geben könne, wo entweder das durch die Miſſethat geſtiftete Aergerniß die Entfernung ſeines Urhebers faſt nothwendig macht, oder, wo wenigſtens bey der Herausſetzung eines Verbrechers aus ſeiner bisherigen Verbindung und Lebensart, deſſelben Beſſerung und Sinnesänderung mit Grunde vermuthet werden kann. Aus dieſer Urſache iſt die Landesverweiſung nicht gänzlich zu verwerfen, wie ſie denn auch in der peinlichen Gerichts-Ordnung ſelbſt in einigen Fällen ausdrücklich beſtätiget worden [d]). Beſonders iſt um ſolcher Fälle willen, da entweder des Standes des Verbrechers, oder anderer Vorkommenheiten wegen, die Landesverweiſung an ſtatt der Verurtheilung zu den öffentlichen Arbeiten zu erwählen iſt, die Beſtimmung eines richtigen Verhältniſſes der Landesverweiſung zu den öffentlichen Arbeiten von vielem Nutzen. Es hat aber nach dem Zeug-

c) Wenn gleich eine eigentliche Landesverweiſung zu den peinlichen Leibesſtrafen gehöret, und folglich darauf nur mit vieler Vorſicht zu erkennen iſt, ſo iſt dennoch der Befehl, ein gewiſſes Gebieth zu vermeiden, damit nicht zu verwechſeln. Denn, ſo wie letzterer ſich gewöhnlich auf die Vermeidung des Aergerniſſes, oder auf Abwendung künftiger Gefahren und Schäden zu beziehen pfleget, ſo wird derſelbe auch von den Rechtslehrern ſo wenig für eine eigentliche Beſtrafung angeſehen, als das Erkenntniß auf Bezirkräumung an und für ſich für bedenklich gehalten. LEYSER *Spec.* 652. *n.* 14. 15.

d) Art. 123. 161. und 198. P. G. O.

niß der Rechtslehrer und nach andern mir bekannten Erkentnißen, die Landesverweiſung zu der Verurtheilung zu öffentlichen Arbeiten folgende Verhältniſſe: 1) Die lebenswierige Landesverweiſung, oder eine zweyjährige Zuchthausſtrafe nach vorhergegangenem ſcharfen Willkommen [e]) Andere wollen jedoch eine lebenswierige Landesverweiſung mit einem dreyjährigen Zuchthauſe verglichen wiſſen [f]). Nach neurern Entſcheidungen berühmter Rechts-Collegien ſoll eine lebenswierige Landes- oder Stadtverweiſung ſogar mit einer zehnjährigen Zuchthausſtrafe im Verhältniß ſtehen [g]). 2) Die Landesverweiſung auf Lebenszeit nach überſtandener vierzehntägiger Gefängniß Strafe bey Waſſer und Brodt, auch geſchehener Stellung ins gemeine Halseiſen auf eine Stunde, oder die Verwahrung an einem ſichern Ort bey gemäßigter Arbeit auf Lebenszeit. Dieſes Verhältniß findet beſonders nur bey alten und ſchwächlichen Leuten, von deren bekannten Geſinnungen aber viel Böſes zu befahren ſtehet, einige Anwendung. Denn unter ſolchen Umſtänden pfleget man die lebenswierige Verwahrung des Verbrechers an einem ſichern Ort bey gemäßigter Arbeit der angeführten Art

e) Schmidt in den öffentlichen Rechtsſprüchen *n.* 120. 121.

f) PÜTTMANN *in Element. Iur. Crimin.* §. 75.

g) Von Selchow in den Rechtsfällen im 2ten Bande *Dec.* 50. S. 196.

Art der Landesverweiſung billig vorzuziehen. 3) Die Verurtheilung zum Veſtungsbau auf zwey Jahre zu der lebenswierigen Landesverweiſung, oder die Verurtheilung zum Veſtungsbau auf ein Jahr zu der Landesverweiſung auf acht bis zehn Jahre. Mir ſcheinet dieſes Verhältniß richtig und angemeſſen zu ſeyn. 4) Die Zuchthausſtrafe auf ein Jahr zu der Landesverweiſung auf fünf Jahr, ferner die Landesverweiſung auf vier Jahre zu einer Zuchthausſtrafe auf ſechs Monathen, und die letztere von drey Monathen zu der erſteren auf drey Jahre [h]). Es wollen inzwiſchen andere Rechtslehrer auch eine Zuchthausſtrafe von drey Monathen mit einer Landesverweiſung auf unbeſtimmte Zeit in Verhältniß gebracht wiſſen [i]). Es läßt ſich ſolches auch ſodann einigermaßen rechtfertigen, wenn die Landesverweiſung nicht öffentlich vollzogen wird, folglich keinen Verluſt der Ehre mit ſich verbunden hat, vielmehr in aller Stille und ohne einiges Aufſehen zu machen, zur Ausführung gebracht wird [k]). Ferner ſtehet 5) zweyjährige Landesverweiſung mit einem halbjährigen Zuchthauſe, oder mit einer halbjährigen Leiſtung anderer öffentlichen Arbeit nach einigen mir bekannten Urthelsſprüchen berühmter Facultä-

h) PÜTTMANN *c. l.*

i) Struben in dem 2ten Theil der rechtlichen Bedenken *n.* 108.

k) HARPRECHT *Dec.* 27. *n.* 54.

ten im Verhältniß. 6) Die Verurtheilung zum Zucht- oder Spinnhauſe auf zehn Jahre, oder die Landesverweiſung auf Lebenszeit, wiewohl mit der Schärfung, daß der Inquiſit vier Wochen lang zu einem Gefängniß bey Waſſer und Brodt verurtheilet, auch ſowohl vor, als nach überſtandener Gefängniß Strafe jedesmal an einem nicht infamirenden Halseiſen geſtellet geweſen ſey. Obwohl dieſes Verhältniß in einem mir bekannt gewordenen Erkenntniſſe ſeinen Grund hat, ſo kann ich gleichwohl demjenigen, vermöge deſſen 7) Die Verurtheilung zum Veſtungsbau, oder in deſſen Ermangelung zum Zuchthauſe auf acht Jahre mit der lebenswierigen Landesverweiſung und der Abhauung einer Hand verbunden, verglichen wird, meinen Beyfall nicht geben, da die Abhauung der Hand als eine Leibesſtrafe betrachtet heutiges Tages faſt an allen Oertern auſſer aller Anwendung iſt [l]). Vermöge dieſes Grundes findet das beſchriebene Verhältniß heutiges Tages nicht ferner ſtatt, ob ſolches gleich angeſehene Rechtslehrer vertheidigen [m]).

§. 7.

l) Grundſätze des deutſchen peinlichen Rechts §. 77. n.

m) LEYSER *Spec.* 550. Es will inzwiſchen dieſer Rechtslehrer die beſchriebene Art von Zuchthausſtrafe der mit ihr in Verhältniß gebrachten Abhauung der Hand der Regel nach vorgezogen wiſſen.

§. 7.

Verhältniß der Landesverweiſung zu der bloßen Diſtricts- oder Gebiethsräumung, im gleichen Verhältniß der erſteren zu der Verſtrickung, oder Confination.

Da die Landesverweiſung zu den eigentlichen peinlichen Leibesſtrafen gehöret, auch in Ermangelung einer ausdrücklichen und in der Urthel geſchehenen Vorbehaltung der Ehre, den Verluſt der letzteren zur Begleiterin hat [a]), die bloße Diſtricts- oder Gebiethsräumung aber der Ehre keinen Nachtheil zuziehet [b]), auch eigentlich nicht einmal zu den peinlichen Strafen gehöret [c]), ſo kann auch dieſe nur ſodann an ſtatt der Landesverweiſung erkannt werden, wenn dem Angeſchuldigten einige Milderungs-Gründe zu ſtatten kommen, inzwiſchen deſſen Entfernung, entweder des gegebenen Aergerniſſes, oder anderer Vorkommenheiten wegen, nothwendig iſt. Im Gegentheil pfleget man jedoch auf die Verſtrickung, oder auf die Verbindlichkeit, dieſen oder jenen Ort nicht zu verlaſſen, an ſtatt der Landesverweiſung, ſodann zu erkennen, wenn zwar die Entfernung des Verbrechers von gewiſſen Oertern, oder Gegenden zur Ver-

a) WERNHER *P.* 4. *Obſ.* 151. Meiſter im peinl. Proceß S. 33.

b) STRECKER *Diſſ. de relegat. academ. et quaeſt. an notet. Erford.* 1731. Meine Grundſätze des peinl. Rechts. Dritte Auflage §. 79.

c) LEYSER *Spec.* 652. *n.* 14. 15.

Vermeidung des Aergerniſſes, oder, damit die Sicherheit ſolcher Oerter nicht verletzet werde, nothwendig, der Verbrecher aber alt, oder krank und zugleich anſeſſig iſt, auch eine Familie zu ernähren hat, im übrigen aber der Endzweck der Strafe durch die verfügte Verſtrickung eben ſowohl, als durch die öffentliche Landesverweiſung, zu erhalten ſtehet [d]).

§. 8.

Verhältniß der Verurtheilung zu den öffentlichen Arbeiten und der Gefängniß-Strafe bey Waſſer und Brodt.

Bey dem Mangel einer Anſtalt zu öffentlichen Arbeiten, oder bey andern vorkommenden Hinderniſſen, pfleget die Zuchthaus- oder Veſtungsſtrafe zu einem Gefängniß bey Waſſer und Brodt folgende Verhältniſſe zu haben: Man vergleichet nämlich 1) eine zweyjährige Zuchthausſtrafe, oder eine einjährige Veſtungsarbeit mit einem ſechswöchigen Gefängniß bey Waſſer und Brodt unter Abwechſelung warmer Speiſe auf den dritten, oder vierten Tag mit der Schärfung, daß der Verbrecher bey dem Eintritt ins Gefängniß zuvor eine Stunde lang an einem nicht infamirenden Halseiſen geſtellet werde; 2) eine einjährige Zuchthausſtrafe, oder halbjährige Veſtungsarbeit mit vierwöchigem Gefäng-

d) *de* BOEHMER *ad art.* 161. *CC.* §. 1.

Gefängniß bey Waſſer und Brodt unter Abwechſelung warmer Speiſe auf den vierten Tag ohne die in der erſten Nummer bemerkte Schärfung; 3) ein Jahr lang Zuchthausſtrafe, oder ſechsmonathliches Karrenſchieben mit vierzehntägigem Gefängniß bey Waſſer und Brodt ohne Abwechſelung warmer Speiſe, und zugleich mit der Schärfung, daß der Verbrecher nach überſtandener Gefängniß-Strafe am Pfahl öffentlich dreyßig derbe Karbatſchen-Streiche erhalte; 4) ſechswöchentliche Veſtungsarbeit, oder ſechsmonathliche Zuchthausſtrafe mit dreywöchiger Gefängniß-Strafe bey Waſſer und Brodt mit Abwechſelung warmer Speiſe um den vierten oder fünften Tag. Wie nun hiernach die Fälle, da die Strafe des Veſtungsbaues noch unter ſechs Wochen, oder die Zuchthausſtrafe noch unter ſechs Monathe erkannt wird, ſodann, wenn von dem Verhältniß zu einer Gefängniß-Strafe bey Waſſer und Brodt die Rede iſt, ſich leicht beſtimmen laſſen, ſo pfleget man gleichwohl die Strafe des Veſtungsbaues, in ſoferne ſie ſich über ein Jahr erſtrecket, oder des Zuchthauſes, in ſoferne ſie weiter, als auf zwey Jahre gehet, mit einer Gefängniß-Strafe bey Waſſer und Brodt nicht leicht in Verhältniß zu bringen [a]).

§. 9.

a) Obwohl mir ein Erkenntniß bekannt iſt, in welchem zehn Jahr lang Zuchthaus- oder Veſtungsarbeit mit einem vierwöchigen Gefängniß

§. 9.
Verhältniß der Verurtheilung zu öffentlichen Arbeiten zu der Bezahlung einer Geldbuße.

Das Verhältniß einer Veſtungs- oder Zuchthausſtrafe zu einer Geldbuße kann beſonders nur ſodann zur Anwendung kommen, wenn entweder nach dem gemeinen Recht, oder nach beſonderen Landesgeſetzen, ein Verbrecher ſeiner Miſſethat halben an und für ſich zum Veſtungsbau, oder zum Zuchthauſe zu verurtheilen wäre, allein, entweder der Stand der Perſon, oder andere Umſtände, die Verwandelung dieſer Strafe in eine Geldbuße gewiſſermaßen nothwendig machten. In den mehreſten Erkenntniſſen inzwiſchen, die mir vorgekommen ſind, habe ich nur ſodann zwiſchen einer Verurtheilung zu den öffentlichen Arbeiten und der Geldbuße ein Verhältniß wahrgenommen, wenn jene ſich nicht länger, als höchſtens auf ein Jahr erſtreckte. Es kann daher die Verurtheilung zu den öffentlichen Arbeiten mit einer Geldbuße in Foro Iuſtitiae nicht füglich in Vergleichung gebracht werden, wenn jemand ſeiner Miſſethaten halben zu den öffentlichen Arbeiten, oder

niß bey Waſſer und Brodt unter Abwechſelung warmer Speiſe auf den achten Tag, wobey der Verbrecher bey dem Anfange und Ende der Gefängnißſtrafe jedesmal eine Stunde lang an einem gemeinen und nicht infamirenden Halseiſen geſtellet ward, verglichen worden, ſo finde ich dennoch Bedenken, ſelbiges als richtig zu vertheidigen.

oder zu Gefangenſchaft auf viele Jahre, oder wohl gar auf Lebenszeit, zu verurtheilen iſt. Auſſer dieſer Einſchränkung aber hat die Verurtheilung zu öffentlichen Arbeiten zu einer Geldbuße, nach verſchiedenen mir bekannten Erkenntniſſen, folgende Verhältniſſe: 1) Die Verurtheilung zum Veſtungsbau auf ein Jahr zu einer Geldbuße von zweyhundert Thalern; 2) eine Zuchthausſtrafe auf ein Jahr zu einer Geldbuße von einhundert Thalern [a]); 3) eine Zuchthausſtrafe mit Willkommen auf drey Monathe zu einer Geldbuße von dreyſſig Thalern [b]); 4) eine halbjährige Zuchthausſtrafe zu einer Geldbuße von funfzig Thalern, oder eine vierteljährige zu einer Geld-

a) In Carrachs rechtl. Urtheilen und Gutachten in peinlichen Sachen *n.* 93. wird eine Verurtheilung zum Veſtungsbau, oder zu andern öffentlichen Arbeiten auf ein Jahr mit der Schärfung, daß der Verurtheilte einen Tag um den andern ſich bloß mit Waſſer und Brodt beköſtigen müſſe, mit einer Geldbuße von funfzig Thalern in Verhältniß gebracht. Allein die angeführten Verhältniſſe ſcheinen mir wenigſtens richtiger und angemeſſener zu ſeyn. Würde aber die erkannte Zuchthaus- oder Veſtungsſtrafe noch ſogar durch ein Beköſtigen mit Waſſer und Brodt zu ſchärfen ſeyn, und es ſodann auf ein Verhältniß zu einer Geldbuße ankommen, ſo würde die letztere meinem Bedünken nach noch um funfzig Thaler erhöhet werden müſſen, wenn anders ſodann zum wenigſten von einer einjährigen Zuchthaus- oder Veſtungsſtrafe die Rede wäre.

b) Carrach a. O. *n.* 89.

Geldbuße von fünf und zwanzig Thalern [c]). 5) Dreymonathliche Zuchthausſtrafe zu einer Geldbuße von dreyßig Gulden [d]).

§. 10.

Verhältniß der Strafe, wann die Ehre in der Urthel vorbehalten wird, die an und für ſich, entweder des Verbrechens, oder der erkannten Strafe halben verwirket wäre.

Da die Ehrloſigkeit [a]), in ſoferne ſie aus einem peinlichen Verbrechen erwächſet, vermöge ſehr erheblicher Gründe, zu den Leibesſtrafen gerechnet

c) Es iſt mir auch ein Erkenntniß bekannt geworden, in welchem die Verurtheilung zum halbjährigen Veſtungsbau mit funfzehn Thalern und eine vierteljährige Veſtungsarbeit mit acht Thalern in Vergleichung gebracht worden. Allein, es läßt ſich dieſes Verhältniß wenigſtens der Regel nach nicht füglich behaupten, oder zum höchſten nur ſodann vertheidigen, wenn bey dem Verurtheilten eine gegründete Hofnung zur Beſſerung vorhanden wäre, und unter ſolchen Umſtänden eine notoriſche Mittelloſigkeit bey einer nachgeſuchten Minderung der Geldbuße in Betracht kommen könnte.

d) Weſtphal im Criminalrecht in der 75ſten Anmerkung. S. 242.

a) Der Verluſt der Ehre wegen einer begangenen Miſſethat ſollte billig nur ſodann eine Folge geſchehener Beſtrafung ſeyn, wenn entweder auf die Todesſtrafe, oder auf die Verurtheilung zu lebenswierigen öffentlichen Arbeiten erkannt worden, ſ. WOLLE, *Diſſ. de damnata memoria. Lipſ.* 1776. BODINUS

rechnet wird [b]), ſo ergiebet ſich von ſelbſt, daß ein Richter nur ſodann auf den Verluſt der Ehre erkennen, oder bey der Urthel dem Verbrecher nur in ſoferne ſeinen guten Namen vorbehalten könne, als ihm überhaupt die Befugniß, in peinlichen Fällen entſcheiden zu dürfen, zuſtehet [c]). Es ſind inzwiſchen angeſehene Rechtslehrer, die in dem Fall, da auf ein Verbrechen nur eine Gefängniß-Strafe haftet, dem Richter erlauben, die aus dem Verbrechen an und für ſich entſpringende Infamie zu erlaſſen, und um deswillen auf eine geſchärftere Gefängniß-Strafe, oder Geldbuße zu erkennen [d]). Die Frage ſelbſt: ob und in wieferne einem Richter freyſtehe, einem Verbrecher die Ehre vorzubehalten? habe ich jetzo nicht zu beantworten, da ich nur lediglich das Verhältniß der Strafen zu einander zu beſtimmen ſuche. Mir genüget hier, den Satz, daß es allerdings Fälle geben könne, da die des Verbrechens wegen verwirkte Ehre dem Thäter vorzubehalten

DINVS *de iure circa infam. eiusque inter Chriſtianos abuſu.* Nur ſodann ſtünde vielleicht einiger Nutzen davon zu erwarten, wenn einem ſolchen Verurtheilten ſichtbare Merkmale, die ihm als einen Ehrloſen auszeichneten, angefüget würden.

b) Art. 104. und 110. P. G. O. Meiſter im peinlichen Proceß S. 32.

c) Meine Abhandlung von dem Verſchicken der Acten in peinl. Fällen, ſ. dieſe Beyträge *n.* I.

d) *L.* 15. *pr. D. ad municipal.* Art. 158. P. G. O. Struben in dem dritten Theil der rechtlichen Bedenken *n.* 22. PÜTTMANN *c. l.* §. 76.

halten ſey, als ausgemacht annehmen zu dürfen e). Ob nun zwar die Schärfung der Strafe bey Vorbehaltung der Ehre überhaupt nach der Größe des Verbrechens, dem Stande eines Angeſchuldigten und der anderweit verwirkten Strafe, verſchiedentlich erhöhet werden muß f), ſo iſt dennoch, meinem Bedünken nach, die Dauer der Verurtheilung zu öffentlichen Arbeiten in ſolchem Falle, zum wenigſten um ein halb Jahr zu erhöhen, eine Landesverweiſung von kürzerer Dauer in eine von längerer Dauer zu verwandeln, die Geldbuße allenfalls zu verdoppeln, oder doch zu erhöhen und die Dauer einer Gefängnißſtrafe ebenfalls verhältnißmäßig zu verlängern. Auf ſolche Weiſe ſind auch andere Strafen verhältnißmäßig zu ſchärfen. Es verſtehet ſich inzwiſchen hiebey von ſelbſt, daß hier von ſolchen Fällen, in denen bewandten Umſtänden nach die poena infamiae keinen Zweifel leidet, die Rede ſey. Denn, wenn dieſe zwar an und für ſich, oder überhaupt betrachtet, mit dem Verbrechen verbunden iſt, allein dermalen bey den vorhandenen Milderungs-Gründen, die entweder überall keinen Vorſatz, oder doch nur einen geringeren Grad deſſelben vermuthen laſſen, keine Anwendung findet, ſo kann auch die dem Angeſchul-

e) *Arg. L.* 13. §. 7. *in his qui not. infam. L.* 10. §. *fin. D. de poen.* COTHMANN *Reſp.* 50. *n.* 23. WERNHER *P.* 5. *Obſ.* 151. CARPZOV. *q.* 94. *n.* 78. MEV. *P.* 3. *Dec.* 32.

f) HARPRECHT *de infam. diſpenſat. quae fit per aggrauat. poen.*

geſchuldigten mit Vorbehalt ſeiner Ehre zuerkannte auſſerordentliche Strafe um deswillen, weil er ſeine Ehre ohne alle Kränkung behält, nicht füglich geſchärfet werden. Da inzwiſchen der gemeine Hauſe diejenigen, die angeſchuldigter Verbrechen wegen in Inquiſition und Haft gerathen ſind, nicht allein in dem Fall der wirklich geſchehenen Beſtrafung, ſondern auch ſogar ſodann, wenn ſie bey dem Mangel hinlänglicher Beweisthümer von der Inſtanz, und bis ſich nähere, oder ſtärkere Anzeigen ergeben, freygeſprochen werden, für anrüchtig zu halten pfleget, ſo iſt es eine gute und empfehlungswürdige Vorſicht, wenn man demjenigen, der nach geſchehener Beſtrafung, oder geendigter Unterſuchung zu ſeinem vormaligen Gewerbe wieder zurückkehret, in der Urthel ſeine Ehre und guten Namen ausdrücklich vorbehält [g]).

§. 11.
Verhältniß der Landesverweiſung, Stadt- oder Gebiethsräumung zu einer Gefängniß-Strafe.

Die Verweiſung aus einem Lande, Stadt, oder Gebiethe hat, nach dem Zeugniß verſchiedener Rechtslehrer, zu einer Gefängniß-Strafe, ohne, daß letztere durch ein Sitzen bey Waſſer und Brodt geſchärfet werde, folgende Verhältniſſe: 1) Eine zweyjährige Landesverweiſung zu einem

g) HARPRECHT *de expreſſa honoris in ſentent. reſeruat.*

einem achtwöchigen Gefängniß [a]); 2) die einjährige Landesverweiſung zu einem ſechswöchigen Gefängniß [b]); 3) die bloße Verweiſung aus dem Stadtgebieth, oder dem Gerichtsbezirk auf ein Jahr zu einem vierwöchigen Gefängniß. Es finden ſich inzwiſchen Erkenntniſſe, daß bey dem dritten Fall die Gefängniß-Strafe durch ein Sitzen bey Waſſer und Brodt geſchärfet worden [c]), ob ich gleich denſelben, in ſoferne von dem bloßen Verhältniß der Landesverweiſung zur Gefängniß-Strafe die Rede iſt, meinen Beyfall nicht geben kann. Würde auch die Landesverweiſung auf eine längere Zeit, als zwey Jahre, ſtatt finden, ſo kann dieſelbe nicht ſowohl mit einer Gefängniß-Strafe, als vielmehr mit der Verurtheilung zu den öffentlichen Arbeiten, angeführtermaßen, in Verhältniß kommen.

§. 12.

a) LEYSER *Spec.* 580. *n.* 10. PÜTTMANN *c. l.* Andere wollen jedoch eine zweyjährige Landesverweiſung mit einem ſechswöchigem Gefängniß, wo der Verurtheilte einen Tag um den andern mit Waſſer und Brodt geſpeiſet wird, verglichen wiſſen Weſtphal a. O. S. 287. Noch andere wollen gar eine zweyjährige Landesverweiſung mit einer ſechsmonathlichen Gefängnißſtrafe verglichen wiſſen. Meiſter in den rechtl. Erkenntniſſen in peinlichen Fällen. *Tom.* 2. *Dec.* 69. *n.* 57. MARTINI *Diſſ. de Iudice caut. in determinand. poen. arbitr. p.* 11.

b) LEYSER *Spec.* 602. *n.* 13. PÜTTMANN *c. l.*

c) BROCKES *Select. Obſ. forenſ. Obſ.* 602.

§. 12.

Verhältniß der Landes- oder Stadtverweiſung zu einer Geldbuße.

Die Landes- Stadt- oder Gebiethsverweiſung hat zu der Erlegung einer gewiſſen Geldbuße meiſtentheils folgende Verhältniſſe: 1) Die Landesverweiſung ohne Beſtimmung ihrer Dauer [a]) zu einer Geldbuße von funfzig bis ſechszig Thalern [b]); 2) die Verweiſung aus dem Gerichtsbezirk auf Lebenszeit, nachdem der Verbrecher eine Stunde lang in einem nicht infamirenden Halseiſen geſtellet geweſen, zu einer Geldbuße von ſechszig bis ſiebenzig Thalern [c]); 3) die

S 2 Landes-

a) Wann einer unbeſtimmt des Landes verwieſen wird, verſtehet man gewöhnlich eine lebenswierige Verweiſung ſtillſchweigend; im Gegentheil pfleget unter dem Ausdruck, zeitlicher Landesverweiſung eine zehnjährige verſtanden zu werden. KOCH *Inſt. Iur. Crimin.* §. 133.

b) Carrach in den rechtlichen Urtheilen und Gutachten in peinl. Sachen *n.* 100. Andere Rechtslehrer bringen die Landesverweiſung auf unbeſtimmte Zeit nach den Vermögensumſtänden des Verbrechers mit einer Geldbuße von fünf und zwanzig, dreyßig, oder höchſtens vierzig Thalern in Verhältniß, ſ. SCHORCH *Reſp. et Sentent. Select. Reſp.* 279.

c) In einigen Erkenntniſſen habe ich das beſchriebene Verhältniß nur zu einer Geldbuße von funfzig Thalern gefunden. Es ſcheinet mir aber das angeführte wegen der Schärfung, daß der Verbrecher zuvor

eins

Landesverweiſung in der Stille nach abgeſchworner Urphede zu einer Geldbuße von vierzig Thalern [d]); 4) eine Landesverweiſung auf ein Jahr zu einer Geldbuße von zwanzig Thalern [e]); 5) eine Landesverweiſung, die ſich zwar auf mehrere Jahre erſtrecket, allein nicht immerwährend, oder lebenswierig iſt, zu einer Geldbuße von fünf und zwanzig, dreyßig bis vierzig Thalern [f]).

§. 13.

ins Halseiſen geſtellet wird, zu der angegebenen Größe der Geldbuße ein mehreres Verhältniß zu haben.

d) Carrach a. O. *n.* 99. ſetzet das Verhältniß der beſchriebenen Art der Landesverweiſung mit einer Geldbuße nur in einer Summe von dreyßig Thalern.

e) Nach der Meynung des Carrach a. O. *n.* 84. 85. iſt allererſt eine dreyjährige Landesverweiſung mit einer Geldbuße von zwanzig Thalern im Verhältniß zu bringen.

f) LEYSER *Spec.* 653. im *Coroll.* bringet eine fünfjährige Landesverweiſung mit zwanzig Thalern in Vergleichung. Eben dieſer Rechtslehrer ſetzet inzwiſchen *Spec.* 565. *n.* 9 das Verhältniß einer einjährigen Landesverweiſung zu einer Geldbuße in einer Summe von dreyßig Thalern, und *Spec.* 600. einer zweyjährigen Landesverweiſung zu einer Geldbuße in einer Summe von funfzig Thalern. Wenn es nun gleich ſeine Richtigkeit hat, daß bey der Beſtimmung der Größe einer zu erlegenden Geldbuße die Vermögensumſtände des Verbrechers wenigſtens ſodann, wenn jene nicht durch ausdrückliche Geſetze bereits feſtgeſetzet worden, in vielem Betracht gezogen werden müſſen, ſo iſt es gleichwohl ſehr auffallend,

§. 13.

Verhältniß des Gefängniſſes bey Waſſer und Brodt zu einer leidlichen Gefängniß-Strafe.

Obzwar an und für ſich die Beantwortung der Frage: welche Verbrecher beſonders mit einem Gefängniß bey Waſſer und Brodt [a]) zu be-

fallend, wenn nach des angeführten Rechtslehrers Sätzen an einer Stelle eine fünfjährige Landesverweiſung mit zwanzig, und an einer andern Stelle eine zweyjährige mit funfzig, und ferner eine einjährige mit dreyßig Thalern abgekaufet werden ſoll. Das im Paragraph angegebene Verhältniß ſcheinet mir daher die Regel auszumachen und auch das angemeſſenſte zu ſeyn.

a) Eine Gefängnißſtrafe bey Waſſer und Brodt wird zuweilen, beſonders, wenn ihre Dauer ſich nicht über vierzehn Tage erſtrecket, ohne alle Abwechſelung warmer Speiſe erkannt. Man pfleget inzwiſchen einem zum Gefängniß bey Waſſer und Brodt Verurtheilten gewöhnlich um den dritten, vierten, oder wenigſtens um den achten Tag den Genuß warmer Speiſe zu erlauben, und ſolches beſonders in der Urthel auszudrucken, ſ. Carrach a. O. *n.* 65. 66. Doch findet man bey den Rechtslehrern Beyſpiele, daß ein Verbrecher, der auf vier Wochen zum Gefängniß verurtheilet worden war, nur die erſten vierzehn Tage mit Waſſer und Brodt geſpeiſet werden ſollte, ſ. **Meiſter in den rechtl. Erkenntniſſen in peinl.** Fällen *Dec.* 38. und ein anderer, der ebenfalls zum Gefängniß auf vier Wochen verurtheilet war, in den letzteren acht Tagen mit Waſſer und Brodt und dem Genuß warmer

ſtrafen ſind? in Ermangelung beſonderer Landesgeſetze, größtentheils von dem Ermeſſen des Richters abhanget, ſo pfleget gleichwohl eine Gefängniß-Strafe bey Waſſer und Brodt nur bey Leuten von geringen Stande ſtatt zu finden [b]), inzwiſchen auf dieſelbe entweder gar nicht erkannt, oder doch ſolche in eine leidlichere Gefängniß-Strafe verwandelt zu werden, wenn entweder die Schwangerſchaft einer Verbrecherin [c]), oder die kränkli-

Speiſe umwechſeln mußte, ſ. Struben im 2ten Theil der rechtl. Bedenken *n.* 108. und im 4ten Theil *n.* 204.

b) Obzwar derjenige, der ſeine Strafe, die an und für ſich nicht zu den ehrloſen zu rechnen iſt, ausgeſtanden hat, an ſeinem guten Namen zum Nachtheil ſeines Gewerbes keinen Verluſt leidet, *L.* 43. §. 4. *de R. N. L.* 27. *C. de Sentent. paſſ. L. vlt. C. de gen. abolit. L.* 2. §. 9. 10. *de poſtuland.*, ſo haben doch verſchiedene Urtheilsfaſſer, um allen etwanigen künftigen Anſtoß zu vermeiden, die Vorſicht, denen, die ſie zu einem Gefängniß bey Waſſer und Brodt verurtheilen, ihre Ehre in der Urthel beſonders und ausdrücklich vorzubehalten.

c) Man pfleget auch bey Frauensleuten ſogar nach erfolgter Entbindung nicht ſofort die Gefängnißſtrafe bey Waſſer und Brodt zur Vollziehung zu bringen, ſondern ſolche vielmehr, um der Mutter und dem Kinde an ihrer Geſundheit keinen Nachtheil zuzufügen, ſofort in eine leidlichere Gefängnißſtrafe zu verwandeln. Bey ſchwangern Perſonen, wann nämlich die Schwangerſchaft ſchon über die Hälfte und daher die Entbindung nahe bevorſtehet, bringet man ſogar auch eine leidliche Gefängnißſtrafe nicht zur Vollziehung, vielmehr nimmt man bis nach erfolgter Entbindung damit Anſtand.

kränklichen Umſtände des Verurtheilten, eine ſolche Umänderung gewiſſermaßen nothwendig machen. Es hat aber eine Gefängniß-Strafe bey Waſſer und Brodt [d]) zu einer andern ohne ſolche Schärfung folgende Verhältniſſe [e]): 1) Eine

d) Obwohl einige Gerichte die üble Gewohnheit haben, bey einem erkannten Gefängniß auf Waſſer und Brodt, die Verbrecher in ſogenannte Hundelocher zu werfen, ſo iſt dies doch an und für ſich unerlaubt und ſträflich. Denn, ſo ſehr es auf der einen Seite ſeine Richtigkeit hat, daß man unter Gefängniſſen, die zur Aufbewahrung, und ſolchen, die zur Strafe dienen, unterſcheiden, auch letztere beſonders ihrer Abſicht gemäß einrichten müſſe, ſo hat es gleichwohl auf der andern Seite keinen Zweifel, daß ſelbſt ein ſolches Gefängniß, das zur Strafe dienet, dem Gefangenen an ſeiner Geſundheit keinen Schaden zufügen, und hierauf bey ihrer Anlegung und Einrichtung vorzüglich, oder am allermeiſten, geſehen werden müſſe. *L.* 1. *C. de cuſtod. reor.* Art. 218. P. G. O. COTHMANN *Vol.* 3. *Reſp.* 29. *n.* 117. BOEHMER *ad art.* 11. *CC.* §. 6. Uebrigens heiſſet es bey den Erkenntniſſen, auf eine Gefängnißſtrafe mit, oder ohne Waſſer und Brodt, gewöhnlich: **Daß Inculpat in ein beſonders zur Strafe eingerichtetes Gefängniß zu bringen.**

e) Obzwar die Schärfung einer Gefängnißſtrafe durch aufgelegte Beköſtigung bey Waſſer und Brodt dem richterlichen Ermeſſen überlaſſen bleibet, auch dieſelbe der Regel nach, und wenn ſie ſich nicht auf viele Wochen erſtrecket, zu den bürgerlichen Strafen gerechnet, ſ. meine **Grundſätze des peinl. Rechts** §. 81. und daher darauf auch von den Untergerichten ohne vorgängige Verſendung der Acten erkannt

wird,

Gefängniß-Strafe bey Waſſer und Brodt auf vier Wochen zu einer andern auf acht Wochen; 2) ein Gefängniß bey Waſſer und Brodt auf vierzehn Tage zu einer andern von vier Wochen; 3) eine Gefängniß-Strafe von acht Tagen, wobey der Verbrecher ſtets geſchloſſen iſt [f]), und ohne Abwechſelung mit Waſſer und Brodt geſpeiſet wird, zu einer andern ohne die angeführte Schärfung auf ſechs Wochen; 4) ein Gefängniß bey Waſſer und Brodt auf vierzehn Tage mit Abwechſelung warmer Speiſe um den vierten Tag, wiewohl mit der Schärfung, daß der Verbrecher bey dem Anfange und Ende ſeiner Strafe mit Ruthen gezüchtiget wird, zu einer andern auf ſechs Wochen.

§. 14.

wird, ſo dürfen gleichwohl ſolche Angeſchuldigte, die nur der Aufbewahrung halber gefangen ſitzen, nicht lediglich mit Waſſer und Brodt unterhalten, vielmehr muß allenfalls von Gerichtswegen dahin geſorget werden, daß ſie die nothdürftige warme Speiſe erhalten, und zwar ohne dabey die Größe und Beſchaffenheit der bezüchtigten Miſſethat und der wider den Angeſchuldigten verhandenen Beweisthümer, oder die Vermögensumſtände deſſelben in Betracht zu ziehen.

f) Bey dem zur Strafe etwa verfügten Schlieſſen der Gefangenen iſt beſonders die nöthige Vorſorge für die Erhaltung ihrer Geſundheit nicht auſſer Acht zu laſſen, und daher verdienet das ſogenannte Krummſchlieſſen der Gefangenen keinen Beyfall.

§. 14.

Verhältniß der Gefängniß-Strafe bey Waſſer und Brodt zu einer Geldbuße.

Obzwar die Auflegung einer Geldbuße auſſer dem Fall, da einer dem andern an ſeinem Vermögen Schaden zugefüget hat, es aber dabey den Umſtänden nach nicht füglich zu einer Leibesſtrafe kommen kann, ſelten für eine ſolche Strafe, die ihrer Abſicht eigentlich entſpricht, angeſehen werden kann [a]), ſo findet ſie gleichwohl nach dem Gerichtsgebrauch ohne Unterſchied der Verbrechen ſtatt, zumal, wenn dieſe ihrer Beſchaffenheit nach nicht peinlich zu beſtrafen ſind [b]). Bey Leuten vom Stande, oder von einigen Anſehen vertritt jedoch gewöhnlich unter ſolchem Umſtänden eine verhältnißmäßige Geldbuße mehrentheils die Stelle der Gefängniß-Strafe [c]). Hieraus ergiebet ſich von ſelbſt, daß auch die Beantwortung der Frage: wie ſich eine Gefängniß-Strafe überhaupt und beſonders diejenige auf Waſſer und Brodt zu einer Geldbuße verhalte? nicht ohne

S 5 Nutzen

a) HARPRECHT *Dec.* 83. *n.* 30. HILLIGER *de poena pecuniaria in delictis carnis* §. 11. Meine Grundſätze des peinl. Rechts §. 80.

b) WEIDLER *de eo quod iuſtum eſt circa mulctas ſiue poenas pecuniarias, vulgo* von Geldbußen *tam Iure Romano, quam germanico. Viteb.* 1746.

c) Auch bey Leuten, die entweder ihres Alters, oder ihrer kränklichen Umſtände wegen, nicht füglich mit einem Gefängniß bey Waſſer und Brodt beſtrafet werden können, vertritt häufig die Geldbuße die Stelle von jener.

Nutzen ſey. Es hat aber die Gefängniß-Strafe bey Waſſer und Brodt zu einer Geldbuße gewöhnlichermaßen folgende Verhältniſſe: 1) Acht Tage Gefängniß bey Waſſer und Brodt zu einer Geldbuße von acht Thalern [d]); 2) eben dieſelbe Art der Gefängniß-Strafe auf vierzehn Tage zu vierzehn Thalern [e]). Man findet ferner Erkenntniſſe, da 3) auf ein vierwöchentliches Gefängniß bey Waſſer und Brodt, oder an ſtatt der drey letzten Wochen auf vier und zwanzig Thaler erkannt [f]), und ein vierwöchentliches Gefängniß, da der Gefangene in jeder Woche zweymal bey Waſſer und Brodt geſpeiſet worden, mit einer Geldbuße von funfzehn Gulden vergli-

d) Die Gewohnheit, einen jeden Tag Gefängniß bey Waſſer und Brodt zu einem Thaler zu berechnen, hat den Beyfall der Rechtslehrer für ſich LEYSER *Spec.* 530. *n.* 11., inzwiſchen findet man bey dem Leyſer ebenfalls Fälle, da eine Gefängnißſtrafe bey Waſſer und Brodt von acht Tagen, das eine mal mit einer Geldbuße von fünf, und das andere mal von vier Thalern verglichen worden, ſ. *Spec.* 588. und 602.

e) Beym LEYSER *Spec.* 581. *n.* 1. und *Spec.* 537. *n.* 20. findet man Beyſpiele, nach denen ein vierzehntägiges Gefängniß das eine Mahl zu acht, und das andere mal zu zwanzig Thalern gerechnet worden.

f) Eine ſolche Verwandlung der Gefängnißſtrafe bey Waſſer und Brodt in eine Geldbuße, die nur zum Theil geſchiehet, iſt der Regel nach allemal beſſer, als die gänzliche Verwandlung der Gefängnißſtrafe in eine Geldbuße, und ſie verdienet daher allen Beyfall.

verglichen worden [g]). Es ſind inzwiſchen Rechtslehrer, die nach der Verſchiedenheit der Umſtände ein Gefängniß bey Waſſer und Brodt auf vierzehn Tage mit einer Geldbuße von zwanzig Thalern, eben eine ſolche Art des Gefängniſſes auf vier Tage mit ſechs Thalern [h]), ferner ein Gefängniß bey Waſſer und Brodt auf acht Tage mit zehn Thalern [i]), auf drey Wochen mit zwanzig Thalern [k]), auf vierzehen Tage mit funfzehn Thalern [l]), und endlich ein Gefängniß bey Waſſer und Brodt auf ſechs Tage mit einer Geldbuße von acht Thalern vergleichen [m]). Obzwar angeführtermaßen bey Beſtimmung des Verhältniſſes einer Gefängnißſtrafe bey Waſſer und Brodt, zu einer Geldbuße das meiſte auf das Ermeſſen eines vernünftigen Richters ankommt, und dabey vorzüglich auf die Vermögensumſtände des Verbre-

chers

g) **Weſtphal im Criminal-Recht S. 241. und S. 242.**

h) LEYSER *Spec.* 576. *n.* 15.

i) BOEHMER *ad* CARPZOV. *q.* 133. *Obſ.* 3.

k) Nach der Meynung des LEYSER *Spec.* 537. *n.* 20. kann bewandten Umſtänden nach, anſtatt eines Gefängniſſes bey Waſſer und Brodt von vierzehn Tagen ſchon eine Geldbuße von zwanzig Thalern ſtatt finden.

l) LEYSER *Spec.* 587. An einer andern Stelle und zwar *Spec.* 653. wird ein Gefängniß bey Waſſer und Brodt auf drey Wochen mit einer Geldbuße von funfzehn Thalern ebenfalls in Vergleichung geſetzt.

m) LEYSER *Spec.* 609.

chers geſehen werden muß, ſo pfleget gleichwohl gewöhnlich ein jeder Tag Gefängniß bey Waſſer und Brodt wohl etwas über, nicht leicht aber noch unter einem Thaler gerechnet zu werden.

§. 15.

Verhältniß des Gefängniſſes ohne Waſſer und Brodt zu einer Geldbuße.

Das Verhältniß einer ſolchen Gefängniß-Strafe, da die bey derſelben vorzunehmende Beköſtigung nicht zugleich einen Theil der Strafe ausmacht, ſondern bey dem Mangel der Ausſchweifungen, der eigenen Willkühr des Verurtheilten, der ſich ſelbſt zu unterhalten im Stande, überlaſſen iſt, zu einer Geldbuße, iſt nach dem Urtheile vieler Rechtslehrer folgendes: 1) Vier Tage Gefängniß zu drey Thalern [a]); 2) acht Tage Gefängniß zu vier, höchſtens fünf Thalern [b]); 3) vierzehn Tage Gefängniß

a) Weſtphal a. O. S. 288. Andere vergleichen jedoch ein zweytägiges Gefängniß mit einer Geldbuße von zwey Thalern Carrach a. O. *n.* 91.

b) Carrach a. O. *n.* 97. und 100. Gewöhnlich vergleichet man ein achttägiges leidliches Gefängniß mit einer Geldbuße von fünf Thalern Weſtphal a. O. S. 288. dieſes Verhältniß wird in dem Entwurf zum Preußiſchen Geſetzbuch Theil 1. Abth. 3. Tit. 8. Abſchnit. 2. §. 81. als das gewöhnliche gebilliget, inzwiſchen im §. 82. angeführet: „Doch kann der Richter dieſes Verhältniß „nach der bekannten Beſchaffenheit der Ver„mögens-

fängniß zu einer Geldbuße von zehn Thalern [c]); 4) ein vierwöchentliches Gefängniß zu zwanzig Thalern [d]). Man pfleget auch ein vierwöchiges Gefängniß zuweilen mit einer Geldbuße von funfzehn Thalern zu vergleichen [e]). Es finden ſich auch Erkenntniſſen, nachdem auf ein vierwöchentliches Gefängniß in der Maaße erkannt worden, daß dem Verurtheilten freyſtehen ſolle, die letzten vierzehn Tage mit zwanzig Thalern und auf gleiche weiſe dem zu einem vierzehntägigen Gefängniß Verurtheilten erlaubet worden, die andere Hälfte oder die letzten acht Tage mit zehn Thalern abzukaufen [f]). Ferner vergleichet man 5) ein dreymonathliches Gefängniß zu funfzig Thalern [g]); 6) ein halbjähriges Gefängniß zu hundert und ein einjähriges Gefängniß zu zweyhundert Thalern. Da inzwiſchen bey der Umänderung, oder Verwandelung der Gefängniß-Strafe in eine Geldbuße, in ſoferne die Strafe ſelbſt dem richterlichen Ermeſſen überlaſſen iſt, die Vermögensumſtände des Verbre-

„mögensumſtände des Verbrechers, auf zehn „bis vierzig Thaler für acht Tage Gefängniß „erhöhen.“

c) LEYSER *Spec.* 557. Andere berechnen ein vierzehntägiges Gefängniß nur zu ſieben Thaler. Carrach a. O. *n.* 100.

d) Carrach a. O. *n.* 96.

e) Weſtphal a. O. S. 287.

f) Weſtphal a. O. S. 537.

g) HOMMEL *Obſ.* 476.

Verbrechers in ſehr vielem Betracht kommen [h]), ſo wird zuweilen die Größe einer an ſtatt der Gefängniß-Strafe zu bezahlenden Geldbuße weit mehr, als das ſonſtige Verhältniß mit ſich bringet, erhöhet [i]).

§. 16.

Verhältniß der Gefängniß-Strafe zur Handarbeit, oder zu einer andern Strafe bey dem Mangel eines eingerichteten Gefängniſſes.

Nach dem Zeugniß verſchiedener Rechtslehrer werden geringe, beſonders dienſtpflichtige Verbrecher zuweilen an ſtatt der verwirkten Gefängniß-Strafe, zur Leiſtung gewiſſer Haus- oder Handarbeiten, die nach richterlichem Ermeſſen zu beſtimmen ſind, verurtheilet. In dem Entwurf zum Preußiſchen Geſetzbuch wird die Haus- oder Handarbeit als eine angemeſſene Strafe wegen leichter Vergehungen an unterſchiedenen Stellen gebilliget. Diejenigen Rechtslehrer, die eines ſolchen Verhältniſſes Erwehnung thun, ſetzen gewöhnlich einen jeden Tag Gefängniß mit der Leiſtung

h) *L.* 16. §. 3. *de poen. L.* 4. §. 1. *de incend. ruin. naufrag.* MANTZEL *de reſpectu perſonar. in foro criminali.*

i) Bey dem LEYSER *Spec.* 569. *n.* 13. findet ſich ſogar ein Beyſpiel, daß ein dreymonathliches Gefängniß in eine Geldbuße von dreyhundert Thalern verwandelt worden.

Leiſtung dreytägiger Handarbeit in Vergleichung [a]). Andere vergleichen einen Tag Gefängniß mit einem Tag Handarbeit und halten daher beide Strafen nicht ohne Grund für gleich empfindlich [b]). Da inzwiſchen die Verurtheilung zur Leiſtung einer gewiſſen Handarbeit nach ihrer Abſicht keine eigentliche Leibesſtrafe ſeyn ſoll, ſo pfleget auch nur eine ſolche Gefängniß-ſtrafe, die noch unter acht Tagen iſt, mit der Leiſtung einer gewiſſen Handarbeit in Vergleichung, oder Verhältniß gebracht zu werden [c]). Bey dem Mangel eines zur Strafe dienenden Gefängniſſes, oder bey vorhandenen Bedenklichkeiten, eine andere Strafe an ſtatt des Gefängniſſes zu erwählen, pfleget man den Verbrecher zuweilen, entweder in einem Privathauſe ſeinen Arreſt halten zu laſſen, oder ihm auch

a) LEYSER *Spec.* 540. 553. 591. und 602. HOMMEL *c. l. Obſ.* 119.

b) Püttmann in der Referir- und Decretirkunſt Leipzig 1785. §. 255.

c) Beym Leyſer findet man inzwiſchen an den angeführten Stellen Beyſpiele, da auch eine Gefängnißſtrafe von zwölf, vier und ſechs Tagen mit der Leiſtung einer gewiſſen Handarbeit auf angeführte Art und Weiſe in Vergleichung gebracht worden.

*) Da die Auflegung einer gewiſſen Handarbeit, wie ſie im Paragraph beſchrieben worden, nicht zu den peinlichen Strafen gehöret, ſo hat es keinen Zweifel, daß auch ein Unterrichter, bewandten Umſtänden nach, wohl darauf erkennen, und deshalb eine zweckfügliche Einrichtung treffen könne. MANTZEL *de ergaſt. prouincial. commode adornand.* und *in Iur. Crimin Meckl.* §. 12.

auch bey unausbleiblicher Leibesſtrafe aufzugeben, binnen der ihm geſetzten Zeit ſich nicht aus ſeinem Zimmer, oder Hauſe zu begeben, um ſolchergeſtalt in ſeiner Stube, oder in ſeinem Hauſe die ihm zuerkannte Gefängniß-Strafe abzuſitzen.

§. 17.

Verhältniß des Stellens im Ganten, der Fidel und gemeinen Halseiſen zu andern Strafen.

Mit dem Stellen im gemeinen Halseiſen, im Ganten, oder der Fidel pflegen in der hieſigen Gegend am meiſten Dienſtpflichtige und andere Leute vom niedrigen Stande wegen Widerſetzlichkeit im Dienſt, Untreue und anderer Verbrechen, die nicht zu den peinlichen zu rechnen ſind, beſtrafet zu werden. Da nun eines theils ſolche Strafen nur zu den bürgerlichen gezählet, oder doch zum wenigſten nicht zu den peinlichen gerechnet, andern theils aber Leibeigene, oder Dienſtpflichtige gewöhnlich nicht mit der Landesverweiſung beſtrafet werden (§. 6.), ſo ergiebet ſich daher von ſelbſt, daß die im Eingange angeführte Strafen eigentlich nur mit einer Gefängniß-Strafe im Verhältniß ſtehen können. Es iſt inzwiſchen bey vielen Gerichten in dem Mecklenburgſchen Lande die Gewohnheit, das Stellen im Halseiſen, im Ganten, oder der Fidel einer Gefängniß-Strafe von vierzehn Tagen bis vier Wochen auf Waſſer und Brodt gleich zu achten, wenn mit jenem zu-

gleich eine Züchtigung mit der Ruthe, oder Karbatſche verbunden iſt. Auſſer dieſem Fall vergleicht ſich das bloße Stellen im Halseiſen, im Ganten, oder der Fidel auf ein bis zwey Stunden am meiſten mit einem ſechs- bis achttägigen Gefängniß bey Waſſer und Brodt. Weil aber die Züchtigung mit der Ruthe, oder Karbatſche der Regel nach mit dieſen Strafen verbunden zu werden pfleget, ſo hat es auch bey dem auf ſolchem Fall bereits angeführten Verhältniſſe der Regel nach das Bewenden.

§. 18.

Ob ein Unterrichter bey ſogenannten geſetzlichen Strafen nach dem beſchriebenen Verhältniß nach eigenem Gutbefinden auf eine, oder andere Strafe erkennen könne?

So wenigem Zweifel es unterworfen ſeyn kann, daß in dem Fall, da ein Geſetz dieſes, oder jenen Verbrechens wegen mehrere Strafen vorſchreibet, dem Richter lediglich die Wahl zuſtehe, aus den im Geſetz benannten diejenige, die den Umſtänden nach am angemeſſeſten iſt, zu erwählen [a]), ſo

a) Daß inzwiſchen ein Richter unter ſolchen Umſtänden nicht wohl gar auf eine dritte Strafe, deren das Geſetz überall nicht erwähnet, erkennen könne, vielmehr ſeine Wahl auf diejenigen Strafen, deren das Geſetz ausdrücklich Erwähnung thut, einſchränken müſſe, leidet keinen Zweifel. WERNHER *P. 2. Obſ.* 461. BOEHMER *ad art.* 105. *CC.* §. 4.

ſo ſtehet es ihm doch niemals frey, von der Vorſchrift des Geſetzes abzugehen, in ſoferne es an ſolchen Milderungs-Gründen, die ſich entweder aus der Beſchaffenheit des Verbrechens und den dabey vorwaltenden Umſtänden unmittelbar ergeben, oder auch ausdrücklich, oder ſtillſchweigend in den Geſetzen, oder wenigſtens in dem Gerichtsgebrauch ihre Beſtätigung finden, ermangelt [b]). Ob nun gleich dem ohngeachtet ſolche beſondere Fälle, die dermalen die wirkliche Anwendung einer geſetzlichen Strafe bedenklich [c]), und die Umänderung derſelben in eine andere nothwendig machen [d]), vorhanden ſeyn können, ſo darf dennoch ein Unterrichter ſolche nicht für ſich vornehmen, ſondern es iſt ſeine Pflicht, die vorhandenen Zweifel, weshalb die in den Geſetzen vorgeſchriebene Strafe im gegenwärtigen Fall nicht füglich zur Anwendung kommen kann, dem ihm vorgeſetzten Obergerichte, oder in deſſen Ermangelung, der Landesregierung zu melden, und Verhaltungsbefehle nachzuſuchen. Wäre etwa eine peinliche Strafe, die füglich nicht zur Anwendung zu bringen ſtehet, von einem auswärtigen, oder einheimiſchen Rechtscollegio erkannt worden, ſo ſtehet es

b) L. 15. *C. de poen.* L. 244. *de V. S.* L. 42. *de re iud.* L. 9. 11. 16. *de poen.* REINHARTH *de cauſ. ob quas poteſt. mitigandi iudex ſibi falſo arrogat. Erford.* 1734. und *in Diſſert. de iis, quae nobis inuitis fiunt c.* 1. §. 3.

c) Art. 109. 160. 172. P. G. O.

d) Meine Grundſätze des peinl. Rechts §. 99.

es dem Richter eben ſo wenig frey, für ſich eine Umänderung der Strafe vorzunehmen [e]), als auf eine andere, die mit der erkannten einerley Verhältniß hat, zu erkennen [f]), vielmehr iſt es ſeine Obliegenheit, die vorhandenen Bedenklichkeiten demjenigen Rechtscollegio, das die Urthel geſprochen hat, mit Zurückſendung der Acten zu melden, und um die Beſtimmung einer andern Strafe zu bitten [g]).

§. 19.

Ob und wann einem Unterrichter frey ſtehe, dieſe oder jene Strafe in eine andere verhältnißmäßige zu verwandeln?

Wäre die Strafe dieſes oder jenen Verbrechens in den gemeinen und Landesrechten nicht genau, oder ausdrücklich beſtimmet, vielmehr dem Ermeſſen des Richters überlaſſen, ſo ſtehet demſelben nicht allein die Wahl der Strafe zu [a]), ſondern er kann auch die von ihm erkannte Strafe, in ſoferne deren Vollziehung, entweder ſchlechterdings unmöglich, oder doch mit Schwierigkeiten verbunden, oder auch andern Bedenklichkeiten unterworfen

e) CHLADENIUS *de arbitrio Iudicis in commutand. poen. Viteb.* 1728.

f) THOMASIUS *de iudice ſententiam ab actis removente. Hal.* 1709.

g) *Arg.* Art. 7. 97. 146. 147. 150. 161. 219. P. G. O.

a) KOCH *Inſt. Iur. Crimin.* §. 93. und 168.

worfen iſt, in eine andere verhältnißmäßige umändern [b]). Weil inzwiſchen ein Unterrichter in eigentlichen peinlichen Fällen nicht entſcheiden kann [c]), ſo ergiebet ſich auch daher von ſelbſt, daß die Gewalt deſſelben, die Strafe eines Verbrechens nach eigenem Ermeſſen zu beſtimmen, oder in eine andere verhältnißmäßige zu verwandeln, lediglich von ſolchen Fällen, da bewandten Umſtänden nach keine peinliche, ſondern nur eine bürgerliche Strafe ſtatt finden kann, verſtanden werden müſſe. Denn, in ſoferne von jener die Rede iſt, ſo iſt es dem Unterrichter ſo wenig erlaubt, für ſich und ohne Anfrage darauf zu erkennen, als ſolche in eine andere zu verwandeln [d]). Gleichwie nun letzteres unbeſtrittenen Rechtens iſt [e]), ſo iſt es dennoch einem Unterrichter allerdings zu empfehlen, auch ſogar in dem Fall, da von der Verwandelung bloß willkührlicher Strafen, oder von ſolchen, die ein Unterrichter ſelbſt erkannt und erwählet hat, die Rede iſt, bey vorkommenden Zweifeln und Bedenklichkeiten jene nicht für ſich vorzunehmen, ſondern vielmehr über die Frage: ob eine Umänderung ſtatt habe und in welcher Maaße ſie geſchehen könne? in Ermangelung angewie-

b) MOLLENBEC. *de aggrat. Iud. Iur. aggratiand. deſtitut. c.* 2. §. 4. BOEHMER *ad art.* 120. *CC.* §. 13. Meine Grundſätze des peinl. Rechts. Dritte Auflage §. 100. und 101.

c) Art. 219. P. G. O.

d) Grundſätze des peinlichen Rechts. §. 100.

e) PVFENDODRF *Tom.* I. *Obſ.* 236.

gewieſener Obergerichte, bey den Rechtscollegien Belehrung nachzuſuchen [f]). Sollte jedoch das Obergericht die Umänderung auf Verlangen des Verurtheilten bereits gebilliget, inzwiſchen denſelben zur Beſtimmung einer andern verhältnißmäßigen Strafe an den Unterrichter gewieſen haben, ſo bedarf es ſodann keiner Verſendung der Acten, und zwar um ſo weniger, wann der Verurtheilte ſolche nicht verlangen und ſich wohl gar derſelben begeben mögte.

§. 20.

Ob einem Verbrecher die Befugniß zuſtehe, aus mehreren Strafen, die gleiches Verhältniß zu einander haben, eine zu erwählen?

Da in allen Obligationibus alternatiuis der Regel nach dem Schuldner die Wahl zuſtehet, auch in zweifelhaften Fällen die Auslegung allemal für den Angeſchuldigten und zu ſeinem Beſten gemacht werden muß [a]); ſo könnte es freylich das Anſehen gewinnen, daß in den Fällen, da die Urthel eines Verbrechens wegen mehrere Strafen beſtimmen ſollte, nicht ſowohl dem Richter, als vielmehr dem Angeſchuldigten, die Wahl zuſtehen müſſe. Allein, dieſe ſonſt in bürgerlichen Sachen geltende Grundſätze ſind in peinlichen Fällen

f) Art. 219. P. G. O.

a) *L. 152. de Reg. Iur.*

len nicht ohne viele Einſchränkungen in Anwendung zu bringen, vielmehr kann man nicht ohne Grund im Allgemeinen den Satz annehmen, daß bey einer jeden poena alternatiua, ſie mag nun entweder in einem beſonderen Geſetz, oder in der Urthel ihren Grund haben, auch ohne unter ſchwere und geringe Verbrechen zu unterſcheiden, lediglich dem Richter, als welcher am beſten im Stande iſt, die angemeſſenſte, oder zweckfüglichſte Strafe zu beſtimmen, die Wahl zuſtehe [b]). Es leidet inzwiſchen dieſer Satz ſodann eine Einſchränkung, wenn entweder die von dem Rechtscollegio eingeholte Urthel dem Verurtheilten die Wahl ausdrücklich einräumet [c]), oder auch der Richter ſelbſt in denjenigen Fällen, da die Wahl der Strafe lediglich von ſeiner Willkühr abgehangen, eine poenam alternatiuam beſtimmet hat

b) BOEHMER *ad* CARPZOV. *q.* 133. *Obſ.* 3.

c) Eine ſolche dem Verurtheilten zuſtehende Wahl iſt ſodann nicht in Zweifel zu ziehen, wenn die Urthel zwar die Strafe an und für ſich genau beſtimmet, allein die Einſchränkung unter einem: es wäre dann, oder Inquiſit könnte, oder wollte dann ꝛc. hinzufüget, und ſolchergeſtalt demſelben die Wahl einräumet. Es iſt auch die einem Verurtheilten gebührende Wahl ſodann als ſtillſchweigend freygelaſſen der Regel nach anzunehmen, wenn die Urthel neben dieſer oder jener Strafe zugleich eine verhältnißmäßige Geldbuße beſtimmet hat, obwohl BOEHMER *ad* CARPZOV. *c. l.* auch dieſen Satz nicht ohne Einſchränkung in Anwendung gebracht wiſſen will.

hat [d]). Denn nur in dieſen beyden letzten Fällen iſt die dem Verurtheilten zuſtändige Wahl der Strafe nicht in Zweifel zu ziehen, ſo wie im Gegentheil in allen übrigen dieſelbe der Regel nach dem Richter gebühret.

d) *Arg. c. 14. X. de vit. et honeſt. clericor.* Denn in dem Fall, da der Richter ſelbſt eine poenam alternatiuam erkannt hat, kann nicht leicht eine andere Vermuthung als dieſe, daß er dadurch dem Verurtheilten die Wahl habe einräumen wollen, angenommen werden, weil es ja lediglich von ihm ſelber abgehangen hat, die Art der Strafe genau und deutlich zu beſtimmen. Ich bemerke jedoch hier nur die Regel, und leugne übrigens nicht, daß auch in dieſem Fall ſolche Umſtände, die eine gegründete Ausnahme machen, allerdings vorkommen können.

XVIII.

Ob eine bürgerliche Witwe, welche nach ihres Ehemannes Tode eine unzüchtige Lebensart treibet, die ihr von jenem verſchriebenen Vermächtniſſe, und andere zugebilligten Vortheile verliere?

Da nach dem Römiſchen Recht aus einem delicto publico die Infamie erwächſet [a]), ein jedes Stuprum aber ohnſtreitig zu den delictis publicis gehöret [b]); ſo wollen daher verſchiedene Rechtslehrer [c]) in Beyſtimmung alter deutſcher Rechte und Gewohnheiten [d]), daß wegen der allgemeinen An- und Aufnahme des Römiſchen Rechts aus dem bewieſener- oder geſtändlichermaſſen begangenen Stupro annoch heutiges Tages die Infamie ſamt allen ihren rechtlichen Folgen erwachſen müſſe. Allein, der Gerichtsgebrauch ſtimmet, in Grundlegung verſchiedener Stellen des Canoni-

a) *L. 7. D. de publ. Iudic.*

b) §. 4. *Inſt. de publ. Iudic. L. 25. C. ad L. Iul. de adulter.*

c) CARPZOV. *Lib. 1. Reſp.* 100. und *P. 1. Dec.* 17. BARDILI *concl. pract. Ex.* 35. §. 17. LEYSER *Spec.* 52. *n.* 2. 3.

d) HEINECCIUS *in Element. Iur. German. P. 1. L. 1. Tit.* 17. §. 398.

noniſchen Rechts, mit demjenigen, was die Römiſchen Geſetze wegen der Infamie, die aus einem begangenen Stupro erwachſen ſoll, verordnen, nicht überein [e]), und man kann es nach der Meynung der bewährteſten Rechtslehrer für einen allgemeinen Grundſatz annehmen, daß ein begangenes Stuprum die Ehrloſigkeit und den Verluſt der damit verbundenen Rechte, der Regel nach, nicht weiter zur Begleiterin habe [f]), es wäre dann, daß entweder wegen der etwa vorhandenen beſchwerenden Umſtände ein ſolches Stuprum eigentlich für ein peinliches Verbrechen, das daher ſchon an und für ſich den Verluſt der Ehre zur Folge hätte, angeſehen werden müßte [g]), oder auch wenigſtens von einer eigentlichen Hurerey, mit welcher nämlich wenigſtens ſo lange, als eine ſolche ſchändliche Lebensart fortgeſetzet wird, noch heutiges Tages eine leuis notae macula verbunden zu ſeyn pfleget, die Rede ſeyn ſollte [h]).

Vermöge der bisher angeführten Grundſätze ergiebet ſich, meiner Einſicht nach, von ſelbſt,

 daß

e) MEV. *ad Ius Lubec. P.* 4. *T.* 4. *art.* 1. REINHARD *ad Chriſtinaeum Vol.* 1. *Obſ.* 8.

f) BOEHMER *ad* CARPZOV. *q.* 69. *Obſ.* 1. und *in Meditatt. ad CC. art.* 110. §. 3. und *ad art.* 120. §. 22.

g) Meine Grundſätze des deutſchen peinl. Rechts §. 475. 477. 478.

h) BERGER *in Oeconom. Iur. Lib.* 1. *Tit.* 3. *Th.* 14. *n.* 3. SCHORCH *Reſp.* 334. *n.* 8. PLITT *Diſſert. de leuis notae macula ſecundum Ius Germanicum. Marburgi* 1784.

daß Inhalts gemeiner Rechte eines bloßen Stupri wegen niemand ſein Amt und Würde verliere [i]), oder aus Innungen und Zünften geſtoſſen werden könne [k]), im Fall nicht, was das Amt und deſſen Verluſt anlanget, beſonders von Predigern und obrigkeitlichen Perſonen, oder Erziehern der Jugend und Aufſehern über Gefangenhäuſer die Rede ſeyn mögte, als welche nämlich wegen beweislich gepflogener Unzucht mit ſolchen, die ihrer Gewalt oder Aufſicht untergeben waren, und daher gegebenen großen Aergerniſſes ihres Amts, wiewohl mit Vorbehalt aller ihrer zuſtändigen bürgerlichen Ehre, entſetzet zu werden pflegen [l]).

Da ſolchergeſtalt aus einem begangenen Stupro heutiges Tages keine Infamie erwächſet, ſo iſt auch der daher genommene Einwand wider das Zeugniß eines Stuprators oder einer Stupratä völlig

i) *de* CRAMER *Tom.* 4. *Obſ.* 1137. Schon in einer bekannten Verordnung von Herzog Hinrich Julius von Braunſchweig vom Jahr 1593. wurde verordnet: daß keiner wegen eines *Stupri* ſeines Dienſtes, Amtes und Ehrenſtandes entſetzet werden ſolle.

k) HOMMEL *in Rhapſodia Quaeſt. in foro quotid. obuenient. neque tamen legib. deciſar. Obſ.* 359. Nach der Mecklenburgſchen Policey-Ordnung von 1572. inzwiſchen ſollen beſonders diejenigen, die vor der Hochzeit bey einander ſchlafen, anrüchtig ſeyn, in Zünften nicht geduldet, und überdieß mit zweymonathlichem Gefängniß beſtrafet werden.

l) Struben in dem zweyten Theil der rechtl. Bedenken *n.* 90.

völlig unſtatthaft und ungegründet [m]). Eben ſo wenig kann das etwa begangene Stuprum jemand dazu unfähig machen, um einen rechtsbeſtändigen Eyd ablegen, oder insbeſondere einen Erfüllungs-Eyd, der bewandten Umſtänden nach an und für ſich ſtatt findet, ableiſten zu können [n]).

Obgleich die alten Deutſchen die bekannte Paroemie hatten: **Wer wiſſentlich eine Hure nimmt, der iſt entweder ein Schelm, oder denket auch einer zu werden**, ſo hat es dennoch heutiges Tages, vermöge der Grundſätze des Canoniſchen Rechts [o]) keinen Zweifel, daß eine Zunft oder Innung nicht befugt ſey, ihren Zunftgenoſſen bloß aus dem Grunde, weil er eine geſchwächte Perſon geheirathet habe, aus ihrer Zunft und Genoſſenſchaft auszuſchlieſſen [p]). Eben ſo wenig pfleget man auch diejenige Ehefrau, die wegen des von ihrem Ehemann vor der Ehe getriebenen unzüchtigen Wandels auf die Eheſcheidung klaget, damit zu hören [q]). Nach den Meynun-

m) PUFENDORF *Tom.* 2. *Obſ.* 18.

n) LYNCKER *Dec.* 1425. BOEHMER *ad art.* 120. *CC.* §. 22.

o) *c.* 20. X. *de ſponſal.* v. inter opera charitatis non minimum eſt, errantem ab erroris ſui ſemita reuocare. Statuimus, vt omnibus, qui publicas mulieres de lupanari extraxerint et duxerint in vxores, quod agunt, in remiſſionem proficiat peccatorum.

p) WERNHER *P.* 7. *Obſ.* 170.

q) CARPZOV. *P.* 4. *Conſt.* 20. *Def.* 13. SCHORCH *Sent.* 223. *n.* 17.

Meynungen bewährter Rechtslehrer iſt auch derjenige Fall, da eine Witwe ſich nach ihres Ehemannes Tode hat beſchlafen laſſen, in keine Wege für eine eigentliche Verrückung des Witwen-Stuhls zu halten, vielmehr iſt dieſelbe bey den ihr etwa zuſtändigen Zunftrechten ungeſtöhrt zu laſſen [r]). Weil überhaupt die Ehrloſigkeit und der daher entſtehende Verluſt der bürgerlichen Rechte, den ein begangenes Stuprum nach dem Römiſchen Recht nach ſich zog, nach dem heutigen Gerichtsgebrauch nicht ferner einige Anwendung leidet, auch in Gemäßheit verſchiedener deutſcher Rechte [s]), nach des Ehemannes Tode die vorhin mit demſelben und ſeiner Ehefrauen beſtandenen Verhältniſſe gänzlich aufhören; ſo behaupten verſchiedene angeſehene Rechtslehrer, daß eine Witwe durch eine leichtfertige und unzüchtige Lebensart ſich zwar um ihren guten Nahmen bringen könne [t]), ſonſten aber, wenn gleich das von ihr begangene Stuprum, oder wenigſtens ihre unzüchtige Lebensart genugſam bewieſen ſeyn mögte,

r) WERNHER *P.* 2. *Obſ.* 437.

s) Sächſ. Landrecht B. 3. Art. 43. „Das Weib „iſt nach des Mannes Tode ledig von allen ſeinen „Rechten und Ehren, denn ſie erhält wieder ihren „Stand und Recht, der ſie angebohren war, ehe „ſie den Mann nahm.“

t) CARPZOV. *P.* 4. *C.* 21. *def.* 7. So heißt es unter andern hievon in dem Sächſ. Landr. B. 1. Art. 5. „Ein Weib mag mit Unkeuſchheit ihres Leibes ihre „weibliche Ehre kränken, ihr Recht verleußt ſie aber „damit nicht, noch ihr Erbe.“

te, dieſelbe demohngeachtet, bey dem Mangel beſonderer Landesgeſetze, ſo wenig ihr Eingebrachtes verliere, als andere Vortheile, Vermächtniſſe und Witthumsgehalte einbüße [u]). Weil auch die ſtatutariſche Portion der Ehegatten, in ſoferne dieſelbe anders nach den beſonderen Rechten dieſes oder jenen Orts an und für ſich nicht zu bezweifeln ſtehet, dem überlebenden Ehegatten als eine Art des Pflichttheils gebühret [x]); ſo kann auch eine Witwe derſelben aus dem Grunde, weil ſie ſich nach ihres Mannes Tode ſchwängern laſſen, oder wenigſtens unzüchtig gelebet hat, nicht füglich beraubet werden [y]).

Ob nun gleich die bisher angeführten Grundſätze Inhalts gemeiner Rechte keine gegründete Einwürfe zulaſſen, ſo mögte es gleichwohl ſcheinen, daß ſolche, wo nicht alle Anwendung verlieren, doch wenigſtens in dem Fall, da eine Witwe innerhalb des Trauerjahrs, oder wohl gar innerhalb des erſten halben Jahrs nach ihres Mannes Tode, Unzucht getrieben haben ſollte, eine Einſchränkung nothwendig machen müßten [z]), zumal nach Vorſchrift der Rechte ſogar eine Witwe, die ſich innerhalb des Trauerjahres wieder verhei=

u) HOMMEL *c. l. Obſ.* 118.

x) MEV. *in Comm. ad Ius Lubec. P.* 2. *Tit.* 2. *n.* 414. Stein in der gründlichen Abhandlung des Lübeckſchen Rechts *L.* 2. *Tit.* 1. §. 138. 139.

y) MANTZEL *in Iur. Mecklenb. et Lubec. illuſtrato Cent.* 3. *Iud.* 36.

z) BALTHASAR *Diſſ. de vidua nobili Pomeran.*

verheirathet, ehrlos seyn [a]), das Eigenthum des ihr von ihrem verſtorbenen Ehemann vermachten Vermögens verlieren [b]), die Vormundſchaft über ihre Kinder nicht weiter fortſetzen ſoll [c]), und überdieß in Abſicht der freyen Verwaltung ihres eigenthümlichen Vermögens ſich verſchiedene Einſchränkungen gefallen laſſen muß [d]). Allein, ohne jetzo die Frage: Ob und in wieferne die in dem Römiſchen Rechte gegründete Strafe der zwoten Ehe durch das Canoniſche Recht [e]) aufgehoben

a) *L.* 11. 13. *de his qui not. infam. L.* 1. *pr. C. de ſecund. nupt.* v. Si qua mulier nequaquam luctus religionem priori vero nuptiarum feſtinatione praeſtiterit, ex Iure quidem nouiſſimo ſit infamis. *Nouella* XXII. *cap.* 22.

b) *L.* 3. und 5. *C. de ſecund. nupt. Nouella* II. *pr. Nouella* XXIII. *c.* 23. 24. 25.

c) *Nouella* XCIV. *c.* 2. *Auth. eisdem poenis C. de ſecund. nupt.*

d) *L.* 1. *C. de ſecund. nupt.* v. praeterea ſecundo viro vltra tertiam partem bonorum in dotem non det, neque ei ex teſtamento plus quam tertiam partem relinquat. *L.* 6. *C. eod.*

e) *c.* 4. X. *de ſecund. nupt.* v. ſuper illa quaeſtione, qua quaeſitum eſt, an mulier poſſit ſine infamia nubere intra tempus luctus ſecundum leges definitum, reſpondemus: quod cum apoſtolus dicat (*mulier viro ſuo mortuo, ſoluta eſt a lege viri ſui: in domino nubat, cui voluerit*) per licentiam et auctoritatem apoſtoli, eius infamia aboletur. C. 5. X. *eod.* v. cum ſecundum apoſtolum mulier mortuo viro ſuo, ab eius ſit lege ſoluta, et nubendi, cui vult, tantum in Domino, liberam

hoben worden ſey [f]), und ob nicht wenigſtens jene Strafe in dem Fall, da eine Witwe innerhalb des Trauerjahres zur andern Ehe ſchreitet, anwendlich ſey [g])? hier zu unterſuchen, bleibet doch unter allen Umſtänden ſo viel gewiß, daß dasjenige, was die Rechte von der zwoten Ehe überhaupt und von derjenigen beſonders, die innerhalb des Trauerjahres vollzogen wird, vorſchreiben, wenigſtens auf den Fall, da eine Witwe den Witwen-Stuhl, wie man zu reden pfleget, durch eine zwote Verheirathung nicht förmlich verrücket, ſondern nur bloß nach ihres Mannes Tode Unzucht treibet, nicht gezogen werden könne, und daß auch ſodann ein gleiches, oder eben daſſelbe, ſtatt finden müſſe, wenn die Witwe ſogar während dem ſogenannten Trauerjahr einen unzüchtigen Wandel geführet haben ſollte [h]). Denn, obzwar

liberam habeat facultatem: non debet legalis infamiae ſuſtinere iacturam, quae licet poſt viri obitum intra tempus luctus (ſcilicet vnius anni ſpatium) nubat, conceſſa ſibi tamen ab apoſtolo vtitur poteſtate, cum in his praeſertim ſeculares leges non dedignentur ſacros canones imitari.

f) HOFFER *de L. 6. C. de ſec. nupt. ad mores german. caute applicand. Alt.* 1739.

g) SARNINGHAVSEN *Diſſ. de poena concubitus intra annum luctus priuata per cap. penult. et vlt. X. de ſecund. nupt. non abrogat. Goet.* 1775. §. 13.

h) CARPZOV. *P.* 4. *Conſt.* XXI. *Def.* VIII. BROCKES *ſelect. obſ. forenſ. Obſ.* 615. *p.* 738.

zwar eine ſolche Witwe, die während dem Trauerjahr, oder wohl gar während dem erſten halben Jahr nach ihres Mannes Tode, mit einem andern Unzucht vollbringet, nach dem Zeugniß gewiſſer Rechtslehrer wo nicht mit zweyjähriger Landesverweiſung, doch wenigſtens mit einem härteren Gefängniß, oder anderen härteren Strafe, als ſonſt gemeiner Unzuchten wegen erkannt werden kann, beſtrafet zu werden pfleget [i]), ſo mag doch hievon zugleich auf die Anwendung derjenigen Strafen, die in dem Römiſchen Recht, ſowohl wegen der zwoten Ehe überhaupt, als wegen derjenigen beſonders, die während dem Trauerjahr vollzogen wird, vorgeſchrieben worden, ſodann, wann eine Witwe nach ihres Mannes Tode, oder wohl gar während dem Trauerjahr, Unzucht getrieben haben mögte, nicht gefolgert werden. Wollte man nun gleich gegen meine bisherigen Behauptungen den Einwurf machen, daß wenigſtens in dem Fall, wenn man zugäbe, daß die Vorſchriften des Römiſchen Rechts von der zwoten Ehe annoch heutiges Tages in Anwendung gebracht werden könnten, ſodann von ſelbſt folge, daß ſie auf den Fall, da eine Witwe, ohne ſich wieder zu verheirathen, Unzucht getrieben hätte, um ſo mehr gezogen werden müßten, weil ja unter ſolchen Umſtänden ein noch größerer Grad der Undankbarkeit gegen den verſtorbenen Ehemann, als der durch die Wiederverheirathung erwachſen kann, vorhanden iſt, ſo ergiebet gleichwohl eine nähere

i) CARPZOV. *c. l. Def.* X. und HOMMEL *l. c. Obſ.* 119. und 130.

nähere Prüfung dieſes Einwurfs, daß er den von mir vorgetragenen Grundſätzen nicht füglich gemacht werden könne, oder denſelben entgegen ſtehe. Denn, es iſt zuförderſt eine ausgemachte Rechtswahrheit, daß diejenigen Einſchränkungen, welche die Geſetze in einzelnen Fällen, zumal in cauſis odioſis machen, auf ähnliche Vorkommenheiten nicht angewandt werden können, gegentheils vielmehr unter ſolchen Umſtänden von den ausdrücklichen Worten eines Geſetzes, zumal, wenn dieſelben völlig beſtimmt und deutlich ſeyn ſollten, nicht abgegangen, wenigſtens aber niemals die härtere Auslegung und Erklärung angenommen werden müſſe k). Derjenige Einwurf aber, der weiter von der Undankbarkeit gegen den Verſtorbenen hergenommen wird, und woher man zu beweiſen ſuchen mögte, daß eine Witwe, die nach ihres Mannes Tode eine unzüchtige Lebensart treibet, die ihr von jenem zugebilligten Vortheile verlieren müſſe, kann hier um ſo weniger eine gegründete Aufmerkſamkeit verdienen, als nach der ausdrücklichen Vorſchrift des Canoniſchen Rechts

k) *L.* 56. *de R. I.* v. ſemper in dubiis benigniora praeferenda ſunt. *L.* 90. *eod.* v. in omnibus quidem, maxime tamen in iure aequitas ſpectanda ſit. *L.* 18. *D. de LL.* benignius leges interpretandae ſunt, quo voluntas eorum conſeruetur. *L.* 25. *eod.* nulla iuris ratio, aut aequitatis benignitas patitur, vt, quae ſalubriter pro vtilitate hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione contra ipſorum commodum producamus ad ſeueritatem.

Rechts eine Frau nach dem Tode ihres Mannes a lege viri ſui völlig befreyet iſt [l]), folglich im geſetzlichen Verſtande ſich eigentlich keine Undankbarkeit gegen den verſtorbenen Mann, die durch eine nach deſſen Tode verübte Unzucht bewieſen werden mögte, gedenken läßt.

Wann es nun in Ermangelung beſonderer Landesgeſetze keinem Zweifel unterworfen iſt, daß eine Witwe wegen gepflogener Unzucht, die ſie entweder während dem Trauerjahr, oder ſonſt nach des Mannes Tode, begangen hat, ſo wenig die freye Verwaltung des ihr eigenthümlich zuſtehenden Vermögens verliere, als diejenigen Vortheile, die ihr zum beſten in ihres Ehemannes letztem Willen vermacht worden ſind, einbüße, und überhaupt von demjenigen, was in den Geſetzen von der zwoten Ehe vorgeſchrieben worden, wenn ſolches auch noch heutiges Tages in Anwendung zu bringen ſtünde, auf eine nach des Ehemannes Tode, ohne vorgängige Verehelichung getriebene Unzucht, kein ſicherer Schluß gemacht werden kann, ſo ſind nun noch einige wenige Einſchränkungen, die dieſe Lehrſätze gleichwohl bey der Anwendung erfordern, kürzlich zu bemerken.

Zu ſolchen Einſchränkungen gehöret beſonders der Fall, wenn die Unzucht nach des Mannes Tode nicht ſowohl allererſt vollbracht, als vielmehr ſchon bey deſſelben Lebzeiten, ohne, daß inzwiſchen jener ſolches erfahren, angefangen und getrieben ſeyn ſollte, und nun nach dem Tode des Ehemannes

l) *Cit. cap.* 4. und 5. X. *de ſecund. nupt.*

maunes lediglich nur fortgeſetzet würde. Denn, obzwar die Erben eines verſtorbenen Ehegatten bey einem von dem Ueberlebenden begangenen Ehebruch auf den Verluſt des Brautſchatzes eigentlich nur ſodann klagen können, wenn jener den Ehebruch bey ſeinem Leben nicht allein erfahren, ſondern auch deshalb bereits Klage erhoben, und auf den Brautſchatz rechtlicher Weiſe Anſpruch gemacht haben ſollte [m]); ſo hat es gleichwohl keinen Zweifel, daß die Erben eines Ehemannes ſeiner ehebrecheriſchen Witwe, im Fall ſie etwa ihren dotem und andere ihr in den Ehe-Verträgen zugebilligten Vortheile aus der Erbſchaft verlangen dürfte, die exceptionem adulterii wenigſtens ſodann mit gutem Grunde entgegenſetzen können [n]), wenn die Ehebrecherin zu zeigen nicht vermögte, daß ihr Ehemann bey ſeinem Leben ihr entweder wirklich, oder ausdrücklich Verzeihung habe angedeyen laſſen, oder, daß letzteres wenigſtens um deswillen zu vermuthen ſtehe, weil der Ehemann die ihm durch den Ehebruch bewieſene Untreue bey ſeinem Leben erfahren, und gleichwohl dieſelbe, ob er gleich gekonnt hätte, nicht gerüget habe [o]).

m) Struben in dem 3ten Theil der rechtl. Bedenken *n.* 105. LEYSER *Spec.* 579. *n.* 26.

n) *c.* 4. X. *de donat. inter V. et V.* v. plerumque, ſi mulier ob cauſam fornicationis Iudicio eccleſiae, aut propria voluntate, a viro receſſerit, nec reconciliata poſtea ſit eidem, dotem vel dotalitium repetere non valebit. PUFENDORF *Tom.* 2. *Obſ.* 122.

o) BROCKES *Obſ.* 615.

Die exceptio adulterii commiſſi ſtehet inzwiſchen nach dem Zeugniß der Rechtslehrer [p]) den Erben des Ehemannes, beſonders wegen der geforderten donationis propter nuptias auch ſodann zu, wenn gleich in der Replic die Ehebrecherin eine ihr zuſtändige Compenſation für ſich anführen, oder, daß ihr Ehemann gleichfalls einen Ehebruch begangen habe, beweiſen könnte [q]).

Würde ein Ehemann ſeiner künftigen Witwe lediglich unter der Bedingung, daß ſie nach ſeinem Tode einen züchtigen und unſträflichen Wandel führe, etwas vermacht haben, leztere aber gleichwohl ſich den Ausſchweifungen ergäbe und Unzucht triebe, ſo hat es keinen Zweifel, daß in einem ſolchen Fall, da eine Witwe der ihr gemachten Bedingung, die ihr allerdings mit völligem Recht geſetzet werden können, zuwider handeln mögte, die ihr verſchriebenen Vermächtniſſe für erloſchen angeſehen werden müſſen, wenn anders, wie ſich von ſelbſt verſtehet, der unzüchtige Wandel einer ſolchen Witwe rechtlicher Art nach zu beweiſen ſtehet, folglich darüber kein fernerer Streit vorwaltet.

Da

p) PVFFENDORF *Tom.* 3. *Obſ.* 123.

q) *L.* 4. *§.* 13. *D. de doli mali et metus except.* v. Marcellus ait, aduerſus doli exceptionem non dari replicationem doli. Labeo quoque in eadem opinione eſt. Ait nempe iniquum eſſe communem malitiam petitori quidem praemio eſſe, ei vero cum quo ageretur, poenae eſſe: cum longe aequum ſit, ex eo quod perfide geſtum eſt, actorem nihil conſequi.

Da die Hinterlaſſung der ſogenannten ſtatutariſchen Portion, in ſoferne ſie anders nach den beſondern Geſetzen eines Ortes unter Ehegatten ſtatt findet, keine Schmählerung, Verringerung, oder Einſchränkung zuläßt, weil die Hinterlaſſung derſelben nicht von des Ehemannes freyen Willkühr abhänget [r]), und er zum Nachtheil der ſeiner Witwe zuſtändigen ſtatutariſchen Portion nicht füglich etwas verordnen, oder gewiſſe Bedingungen machen kann [s]); ſo ergiebet ſich daher von ſelbſt, daß ein Ehemann bey der Verſchreibung, oder Ausſetzung der ſtatutariſchen Portion es eben ſo wenig zu einer beſonderen Bedingung machen könne, daß ſeine Witwe einen guten Wandel führe, und ſich nicht einer unzüchtigen Lebensart ergebe.

r) Stein a. O. §. 125. und *Lib.* 2. *Tit.* 2. §. 263.

s) MANTZEL *in Iur. Mecklenb. et Lubec. illuſtrat. Cent.* 1. *Iud.* 37. *Cent.* 2. *Iud.* 8. *Cent.* 5. *Iud.* 77.

XIX.

Ueber die Zuverläſſigkeit des Erfüllungs-Eydes in peinlichen Fällen.

Obgleich es ſowohl dem eigentlichen Ankläger, als dem Fiſcal, wenn letzterer nämlich die Stelle des erſteren vertritt, freyſtehet, alle diejenigen Arten der Beweismittel, welche die Geſetze ſowohl überhaupt, als in peinlichen Fällen beſonders, zulaſſen, zu gebrauchen [a]), ſo leidet gleichwohl dieſer Satz unter gewiſſen Umſtänden eine Einſchränkung und Ausnahme. Denn, nach dem Gerichtsgebrauch erlaubet man in peinlichen Fällen ſo wenig dem Ankläger, als dem Fiſcal [b]), zur Eydesdelation zu ſchreiten, oder dem Angeſchuldigten über diejenigen Bezüchtigungen, die er ableugnet, den Eyd zu deferiren [c]). Es iſt ferner, vermöge des Gerichtsgebrauchs, eine unbeſtrittene Rechtswahrheit, daß wider den Angeklagten kein Erfüllungs-Eyd ſtatt finden könne [d]).

Der

a) *L.* 8. *C. de quaeſt.*

b) *de* BOEHMER *ad art.* 62. *CC.* §. 3.

c) WERNHER *P.* 4. *Obſ.* 151. *n.* 446. *de* BOEHMER *ad* CARPZOV. *q.* 114. *Obſ.* 1. und *in Meditatt. ad CC. c. l.* und *ad art.* 141. §. 2.

d) *L.* 25. *C. de probat.* BOEHMER *in Iur. Eccl. Proteſt. Lib.* 2. *Tit.* 24. §. 74.

Der Grund, warum in peinlichen Fällen das ſonſt übliche Beweismittel der Eydeszuſchiebung nicht anwendlich zu werden pflegt, iſt beſonders im Römiſchen Recht zu finden, nach welchem nämlich jene für eine Art des Vergleichs, der gleichwohl nach demſelben in peinlichen Fällen nicht zuläſſig iſt [e]), angeſehen zu werden pfleget [f]). Allein, wenn gleich die bisher angeführten Sätze keine erhebliche Einwürfe zulaſſen, ſo iſt gegentheils die Beantwortung der Frage: Ob ein Angeſchuldigter bey ſtarken Vermuthungen, entweder für ſeine gänzliche Schuldloſigkeit, oder wenigſtens für den Mangel des Vorſatzes, zum Erfüllungs-Eyde zugelaſſen werden könne? dem erſten Anſehen nach, mit verſchiedenen Schwierigkeiten verbunden. Denn, zu geſchweigen, daß einige Stellen im Römiſchen Recht [g]) für die Verneinung der aufgeworfenen Frage nicht ohne Scheingründe angeführet werden können, ſo kommt beſonders in Erwägung, daß wenigſtens in dem Fall, da der Angeſchuldigte das bezüchtigte Verbrechen eingeſtehet, und nur ſeinen daran Theil habenden Vorſatz leugnet, derſelbe bey dem Mangel genug-

e) *L. 31. de Iureiur. L. 45. de Reg. Iur. L. 9. §. 5. de publican. et vectigal.*

f) *L. 1. §. 4. ad SCtum Turpillian. L. 15. ad municip.*

g) *L. 25. C. de probat. L. 6. C. de dolo malo. L. 20. D. de quaeſt.* Claproth im peinl. Proceß S. 105. führet beſonders das erſte Geſetz wider die Zulaſſung des Erfüllungs-Eydes in peinlichen Fällen an.

ſamer Beweiſe für ſeine Verneinung, der Aehnlichkeit des Rechts gemäß eher verurtheilet, als zum Erfüllungs-Eyde zugelaſſen werden müſſe. Denn, da nach eingeſtandenem Verbrechen rechtlicher Art nach zu vermuthen ſtehet, daß jenes ſich in dem Vorſatz des Thäters gründe [h]), wider eine Rechts-Vermuthung aber die eydliche Erhärtung der Unſchuld nicht ſtatt findet [i]), zumal jene der Regel nach ſogar die Wirkung eines vollſtändigen Beweiſes hat; ſo ſcheinet hieraus von ſelbſt zu folgen, daß wenigſtens unter den eben angeführten Umſtänden, auch in peinlichen Fällen der Erfüllungs-Eyd keine Anwendung finde. Ueberhaupt kann auch wider den Satz, daß ein Angeſchuldigter bewandten Umſtänden nach, zum Erfüllungs-Eyde zuzulaſſen ſey, theils die auf vieler Wahrſcheinlichkeit beruhende Gefahr des Meineydes, theils aber der Gerichtsgebrauch, nach welchem nur der Kläger, nicht aber der Beklagte, den Erfüllungs-Eyd leiſten darf [k]), allem Anſehen nach mit vielem Grunde angeführet werden. Vermöge der bisher angeführten Urſachen wollen daher verſchiedene Rechtslehrer, daß der Angeſchuldigte, welcher ein peinliches Verbrechen ſeiner Angabe nach, entweder im beſoffenen Muth, oder im heftigen Affect, begangen haben will, oder ſonſt von ſich behauptet, daß er bey der Vollbringung

h) *L. 1. C. ad L. Cornel. de Sicar. L. 5. C. de iniur.*

i) *de* CRAMER *Tom.* 3. *Obſ.* 980.

k) WESTENBERG *in Princip. Iur. Lib.* 12. *Tit.* 2. §. 60.

gung der Miſſethat ſich ſeiner nicht bewußt geweſen ſey, und ſich deshalb ſogar zur eydlichen Erhärtung ſeiner Angabe erbiethet, damit nicht zu hören ſey [l]).

Allein, alle bisher angeführten Gründe können in keine Wege dazu dienen, um deshalb den Satz, daß in peinlichen Fällen ein Angeſchuldigter bewandten Umſtänden nach zum Erfüllungs-Eyde zuzulaſſen ſey, ſchlechterdings verneinen zu können. Denn, wenn es gleich an und für ſich ſeine Richtigkeit hat, daß bey einem jeden Verbrechen der Vorſatz des Thäters der Regel nach zu vermuthen ſey, ſo gilt gleichwohl dieſer Grundſatz nur in Ermangelung gegenſeitiger Beweisthümer und Anzeigen. Denn, es iſt gegentheils vielmehr eine ausgemachte Rechtswahrheit, daß nicht allein alle ſcheinbare Gründe und Umſtände, worauf ſich ein Angeſchuldigter, entweder zur gänzlichen Ablehnung des Vorſatzes, oder wenigſtens zur Verminderung der Größe deſſelben, berufet, in ſoferne das Gegentheil nicht zu beweiſen ſtehet, in peinlichen Fällen in gar vielem Betracht kommen, ſondern ſogar denjenigen Beweiſen und Anzeigen, die wider den Angeſchuldigten vorhanden ſind, vorgezogen werden müſſen [m]). Unter den bisher angeführten Umſtänden, oder

 bey

l) KARPZOV. *q.* 146. *n.* 65. MÜLLER *ad* STRUV. *Ex.* 48. *Th.* 10. SCHAUMBURG *in Princip. prax. Iud. Lib.* 1. *Sect.* 1. *membr.* 4. *c.* 2. §. 6. *n.* 2.

m) *L.* 18. §. 1. *de probat. L.* 12. *de liberali cauſa.* HARPRECHT *Reſp.* 74. *n.* 149. *ſeqq. Reſp.* 75. *n.* 175. *ſeqq.* MEV. *P.* 3. *Dec.* 267. *n.* 6.

bey dem Daſeyn gegründeter Vermuthungen für den Angeſchuldigten, kann aber eigentlich nur die Frage: Ob derſelbe zum Erfüllungs-Eyde zuzulaſſen ſey, oder nicht? vorkommen. Denn, ſo ungereimt es auf der einen Seite ſeyn würde, einen jeden Verbrecher, der die Miſſethat ſelbſt eingeſtehet, den daran Theil habenden Vorſatz aber ableugnet und ſich zur Ablehnung des letzteren lediglich auf ſolche Umſtände beziehet, deren Richtigkeit ſo wenig zu beweiſen, als ſcheinbar zu machen ſtehet, zum Erfüllungs-Eyde zulaſſen zu wollen, ſo wenig rechtswidrig iſt es auf der andern Seite, demjenigen die eydliche Erhärtung des angeblichen Mangels ſeines Vorſatzes zu geſtatten, der zwar die praeſumtionem doli, die aus einem jeden delicto erwächſet, wider ſich hat, allein dabey zugleich ſcheinbare Gründe, nach welchen der Mangel des Vorſatzes bey ihm demohngeachtet zu vermuthen ſtehet, anführet [n]). Der oben zum Beweis des Gegenſatzes angezogene L. 25. C. de probat. [o]) kann um ſo weniger die Stelle eines Einwurfs wider meine Behauptung vertreten, als der Augenſchein ergiebet, daß er lediglich von dem Ankläger und dem von dieſem letzteren zu führenden

n) Püttmann in der Referir- und Decretirkunſt Leipzig 1783. §. 215.

o) Sciant cuncti accuſatores, eam ſe rem deferre in publicam notionem debere, quae munita ſit idoneis teſtibus, vel inſtructa apertiſſimis documentis, vel indiciis ad probationem indubitatis luce clarioribus expedita.

den Beweiſe zu erklären, auf den Angeklagten, oder Angeſchuldigten aber nicht zu ziehen ſey. Ob nun zwar vermöge des oben angezogenen L. 6. C. de dolo malo [p]) nicht zu zweifeln iſt, daß auch aus ſichern und zutreffenden Anzeigen bewandten Umſtänden nach, der dolus bewieſen werden könne, ſo verbiethet gleichwohl die peinliche Gerichts-Ordnung [q]) ausdrücklich, in peinlichen Fällen auf Anzeigen und Vermuthungen die Verurtheilung zu bauen. Ueberdieß ſtehet der bemeldete L. 6. C. de dolo malo mit den vorhin angeführten Grundſätzen, daß ein Angeſchuldigter mit den für ihn obwaltenden Vermuthungen in Ermangelung näherer Beweisthümer, zu hören, und allenfalls zur eydlichen Erhärtung ſeiner Unſchuld zuzulaſſen ſey, in keinem Widerſpruch. Weil auch der L. 20. D. de quaeſt. [r]) lediglich nur verbiethet, daß

p) Dolum ex indiciis perſpicuis probari conuenit.

q) Art. 22. P. G. O. „Item es iſt auch zu merken, „daß niemand auff eynicherley Anzeygung, Argk-„wohns, Wahrzeychen, oder Verdacht, entlich zu „peinlicher Straff ſoll verurtheylt werden, ſondern „alleyn peinlich mag man darauf fragen —— dann „ſoll jemandt endlich zu peinlicher Straff verurtheylt „werden, das muß aus eigen Bekennen, oder Be-„weiſung beſchehen und nicht auf Vermuttung oder „Anzeygung.“

r) Maritus quidem haeres vxoris ſuae petebat a Suro pecuniam, quam apud eum depoſuiſſe defunctam ſe abſente dicebat, et in eam rem vnum teſtem liberti ſui filium produxerat apud procuratorem, deſiderauerat et quaeſtionem habere de ancilla. Surus negabat, ſe accepiſſe et teſtimonium

daß auf eines einzigen Zeugen Ausſage die Tortur gebrauchet werde, ſonſt aber nichts enthält, das als ein Grund zum Einwurf wider den Satz, daß ein Angeſchuldigter bewandten Umſtänden nach zur eydlichen Beſtärkung ſeiner Entſchuldigungen zuzulaſſen ſey, angeſehen werden könnte, ſo kann auch derſelbe zum Beweiſe des Satzes, daß der Angeſchuldigte ſchlechterdings nicht zum Erfüllungs-Eyde zuzulaſſen, in keine Wege angezogen werden. Der Einwand, den man wider den Erfüllungs-Eyd, in ſoferne von dem Angeſchuldigten die Rede iſt, insbeſondere von der Schlüpfrigkeit des Eydes und der Gefahr des Meineydes herzunehmen pfleget, verdienet um ſo weniger einigen Betracht, als in dem Fall, da er allgemein und ohne Einſchränkung gelten ſollte, aller Gebrauch des Eydes in peinlichen Fällen, den gleichwohl der Gerichtsgebrauch unter gewiſſen Einſchränkungen wenigſtens zur Aufhebung des Verdachts beſtätiget [s]), wegfallen müßte. Inzwiſchen gebe ich gerne zu, daß, ſo wie es Pflicht und Gewiſſen des Richters erfordert, in der Erkennung und Zulaſſung des Reinigungs-Eydes die äuſſerſte Vorſicht und Behutſamkeit anzuwenden,

monium non oportere vnius hominis admitti: nec ſolere a quaeſtionibus incipi, etſi aliena eſſet ancilla. Praecurator quaeſtionem de ancilla habuerat. Cum ex appellatione cognouiſſet imperator, pronuntiauit, quaeſtione illicite habita, vnius teſtimonio non eſſe credendum, ideoque recte prouocatum.

s) I. H. BOEHMER *Diſſ. de vſu Iurament. purgator. in criminalibus.*

den, und bey der Gefahr des Meinnydes, oder andern Bedenklichkeiten lieber eine auſſerordentliche Strafe, oder die Abſolution von der Inſtanz vorzuziehen [t]), ein gleiches auch billig von der Zulaſſung des Erfüllungs-Eydes gelten müſſe. Derjenige Einwand aber, daß nach dem Gerichtsgebrauch, wenigſtens in bürgerlichen Sachen der Erfüllungs-Eyd nur dem Kläger, nicht aber dem Beklagten aufgeleget zu werden pfleget [u]), verdienet um ſo weniger einige Aufmerkſamkeit, als nach dem deutlichen Ausſpruch der Geſetze [x]) bey der Zulaſſung des Erfüllungs-Eydes überhaupt, ohne unter dem Kläger und Beklagten zu unterterſcheiden, das meiſte auf dem richterlichen Ermeſſen beruhet [y]). Mit Grunde wollen daher verſchiedene Rechtslehrer, daß ein Angeſchuldigter,

t) HARPRECHT *Dec.* 34. *n.* 38. BOEHMER *in Iur. Eccleſ. Proteſt. Lib.* 5. *Tit.* 34. §. 27.

u) WESTENBERG *in Princip. Iur. Lib.* 2. *Tit.* 2. §. 60.

x) *L.* 3. *C. de Reb. cred.* v. in bonae fidei contractibus, nec non etiam in caeteris cauſis, inopia probationum, per Iudicem jureiurando cauſa cognita res decidi oportet *c.* 36. X. *de Iureiur.* ſane ſi actor omnino in probatione defecerit, reus debet (et ſi nihil praeſtiterit) obtinere. Praeſumptione vero faciente pro illo, reo deferri poteſt, ad oſtendendam ſuam innocentiam, juramentum, niſi Iudex (inſpectis perſonarum et cauſae circumſtantiis) illud actori videat deferendum.

y) CARPZOV. *P.* I. *Conſt.* 23. *Def.* 6. LEYSER *Spec.* 142. *n.* 2.

ter, der die ihm bezüchtigte Miſſethat, entweder gänzlich, oder doch wenigſtens ſeinen daran Theil genommenen Vorſatz leugnet, und zur Beſtärkung ſeiner Angabe ſich auf ſolche wahrſcheinliche Gründe und Anzeigen, die wenigſtens zuſammen genommen einen halben Beweis ausmachen, berufet, zum Erfüllungs-Eyde zugelaſſen werden müſſe [z]). Der Unterſchied, den die Rechtslehrer hierin unter dem Ankläger und Angeklagten, oder Angeſchuldigten, gemacht wiſſen wollen, indem ſie jenen in peinlichen Fällen zum Erfüllungs-Eyde ſchlechterdings nicht, dieſen aber unter gewiſſen Einſchränkungen zugelaſſen wiſſen wollen, beruhet unſtreitig auf demjenigen Ausſpruch der Geſetze [a]), nach welchem in zweifelhaften Fällen eher für den Beklagten, als den Kläger zu ſprechen, und jener demnach bey vorwaltender Ungewißheit vielmehr von der erhobenen Klage zu entbinden und freyzuſprechen, als zu verurtheilen iſt.

Es leidet inzwiſchen der allgemeine Grundſatz, nach welchem in peinlichen Fällen der Angeſchuldigte über dasjenige, was er zu ſeiner Rechtfertigung und Entſchuldigung vorbringet, bewandten Umſtänden nach, zum Erfüllungs-Eyd zuzulaſſen iſt, in einigen beſonderen Fällen verſchiedene Ausnahmen und Einſchränkungen. Denn, in ſoferne wider den Angeſchuldigten wegen der bezüchtigten

z) *de* BOEHMER *ad art.* 141. *CC.* §. 2. ENGAV *in Element. Iur. Crimin. Lib.* 1. *Tit.* 3. §. 36.

a) *L.* 47. *de Obligat. et act. L.* 125. *de Reg. Iur.*

züchtigten Miſſethat, und ſeines daran Theil habenden Vorſatzes, ein durch zwey Zeugen geführter vollſtändiger Beweis vorhanden iſt, jener aber ſich nur lediglich auf das beſchworne Zeugniß eines einzigen tauglichen Zeugen berufet, iſt derſelbe ſ nicht ſowohl zum Erfüllungs-Eyde zuzulaſſen [b]), als vielmehr zu derjenigen Strafe, die Inhalts der Geſetze des Verbrechens wegen ſtatt findet, ſofort zu verurtheilen [c]), es wäre dann, daß wider den anſcheinlich geführten vollſtändigen Beweis und beſonders wider die Perſonen der Zeugen mit Rechtsbeſtande, ſolche erhebliche Einwürfe gemacht werden könnten, die denſelben, wo nicht völlig entkräfteten, doch wenigſtens ungewiß und zweifelhaft machten. Denn, bey ſo bewandten Umſtänden iſt der Angeſchuldigte, wenn er ſich

b) BOEHMER *in Iur. Eccl. Proteſt. Lib.* 2. *Tit.* 24. §. 73.

c) Art. 67. P. G. O. „Item ſo eyn Miſſethat „zum wenigſten mit zweyen oder dreien glaubhafftigen guten Zeugen, die von einem waren wiſſen „ſagen, bewiſen wirdt, darauff ſoll, nach geſtalt „der Verhandelung mit peinlichen Rechten volnfahrn und geurtheylt werden.“ Art. 69. P. G. O. „Item ſo der Beklagt, nach genugſamer Beweiſung noch nit bekennen wolt, ſoll jm angezeygt „werden, das er der Miſſethat bewiſen ſey, ob „man dardurch ſein Bekandtnuß deſter eher auch „erlangen kündt, ob er aber dannoch darüber nochmals nit bekennen wolt, des er doch, als obſteht, „gnugſam bewiſen wer, ſo ſolt er nit deſter weniger der beweißten Mißthat nach, ohn eynich peinlich Frag verurtheylt werden.“

ſich auf die Ausſage eines gültigen Zeugen beru-
fen, oder wenigſtens andere richtig befundene Umſtände und Anzeigen für ſich anführen könnte, billig zum Erfüllungs-Eyde zuzulaſſen, und nach deſſen wirklichen Ableiſtung freyzuſprechen.

Da bekannten Rechten nach derjenige, der überall keine rechtliche Beweisthümer, oder Anzeigen für ſich, und wohl gar ſtärkeren Verdacht wider ſich hat, nicht einmal in bloßen Civilſachen zum Erfüllungs-Eyde zugelaſſen zu werden pfleget [d]), ſo folget daraus von ſelbſt, daß in peinlichen Fällen um ſo mehr ein gleiches gelten müſſe, und daher ein Angeſchuldigter, der ſo wenig einen tauglichen Zeugen, als andere ſcheinbare Umſtände für ſich anführen kann, zum Erfüllungs-Eyde nicht zugelaſſen werden müſſe. Ein ſolcher iſt vielmehr nach dem Unterſchiede, ob er ſich geſtändlicher, oder bewieſenermaßen wenigſtens dieſe, oder jene ſträfliche Handlungen zu Schulden habe kommen laſſen, oder nicht, entweder auſſerordentlich zu beſtrafen, oder von der Inſtanz frey zu ſprechen [e]).

Sollten entweder die Vermuthungen für den Angeſchuldigten ein großes Uebergewicht für ſolche, die wider ihn ſind, haben, oder wenigſtens die Anzeigen für und wider den Angeſchuldigten in Gleichge-

d) *c.* 34. und 36. X. *de Iureiurand.* LEYSER *Spec.* 141. *Coroll.* I.

e) Mein Erachten, wie in Ermangelung eines vollſtändigen Beweiſes wider einen Angeſchuldigten zu verfahren ſey. Roſt. 1774.

Gleichgewicht ſtehen, ſo iſt auch, da in zweifelhaften Fällen billig für den Angeſchuldigten zu vermuthen, derſelbe zum Erfüllungs-Eyde zuzulaſſen, es wäre dann, daß er ein ſolcher Menſch ſeyn mögte, bey dem entweder ſeiner bisherigen Lebensart, oder anderer Umſtände wegen, die Begehung des Meineydes mit Grunde zu beſorgen ſtünde. Denn, unter ſolchen Umſtänden iſt der Angeſchuldigte nicht ſowohl zum Erfüllungs-Eyde zuzulaſſen [f]), als vielmehr nach Beſchaffenheit der eingeſtandenen Thathandlungen entweder ſofort auſſerordentlich zu beſtrafen, oder von der Inſtanz frey zu ſprechen, oder ihm auch, wenn ſeine fernere Anweſenheit ſchädlich ſeyn könnte und daraus nach verſchiedenen Gründen zu urtheilen, für den Staat Schaden und Nachtheil zu beſorgen ſtünde, nach abgeſchworner Urphede die Vermeidung des Gerichts-Sprengels aufzugeben [g]). Die Größe und Beſchaffenheit des Verbrechens hat inzwiſchen in die Beantwortung der Frage: Ob der Angeſchuldigte zum Erfüllungs-Eyde zuzulaſſen ſey oder nicht? keinen Einfluß, indem hiebey alles lediglich auf die Beſchaffenheit und Stärke der Anzeigen, die für oder wider den Angeſchuldigten vorhanden ſind, ankommt.

Obzwar

f) c. 36. X. *de Iureiur.* CARPZOV. *P.* 1. *Conſt.* 23. *Def.* 10. BOEHMER *in Iur. Eccl. Proteſt. Lib.* 2. *Tit.* 24. §. 71.

g) LEYSER *Spec.* 142. *n.* 9. 10.

Obzwar verſchiedene Rechtslehrer [h]) eigentlich nur denjenigen, der ſich in einer praeſumtione Iuris gründet, der Regel nach zum Erfüllungs-Eyde zugelaſſen wiſſen wollen, und es daher das Anſehen gewinnen könnte, daß auch in peinlichen Fällen ein Angeſchuldigter nur ſodann, wenn er eine, oder mehrere ſogenannte Rechtsvermuthungen für ſich anführen könnte, zum Erfüllungs-Eyde zuzulaſſen ſey, ſo zeigen gleichwohl andere Rechtslehrer [i]) in Gemäßheit verſchiedener Stellen des Canoniſchen Rechts [k]) das Gegentheil, zumal die ſogenannten praeſumtiones hominis in Abſicht des höheren Grades der inneren Wahrſcheinlichkeit zuweilen wohl gar einen Vorzug für den ſogenannten Rechtsvermuthungen behaupten. Es kommt daher bey Beantwortung der Frage: Ob der Angeſchuldigte in peinlichen Fällen wegen der Richtigkeit ſeiner vorgebrachten Entſchuldigung zum Erfüllungs-Eyde zuzulaſſen ſey, oder nicht? nicht ſowohl darauf an, ob er ſich auf Rechts-Vermuthungen, oder auf menſchlichen Anzeigen gründe, als vielmehr vorzüglich und am meiſten darauf, ob richtig befundene Umſtände und Anzeigen, welche die Stärke eines halben Beweiſes haben, die Schuldloſigkeit, oder wenig-

h) MEV. *P.* 5. *Dec.* 281. und *P.* 7. *Dec.* 375. BRVNNEM. *ad L.* 31. *de Iureiur.*

i) LEYSER *Spec.* 141. *n.* 1. Eſtor in den Anfangsgründen des gemeinen und Reichsproceſſes im 65ſten Titel. §. 558.

k) *cap.* 36. §. 1. X. *de Iureiurand.*

wenigſtens die mindere Strafbarkeit des Ange-
ſchuldigten, wahrſcheinlich machen, oder nicht?
So wie nun in jenem Fall, zumal bey einem
Menſchen, bey dem die Begehung des Meiney-
des nicht zu befahren, die Zulaſſung des Erfül-
lungs-Eydes unbedenklich iſt, ſo hat derſelbe ge-
gentheils in dem letzteren Fall nicht ſtatt, und iſt
vielmehr ſodann, wie vorhin angemerket worden,
wider den Angeſchuldigten zu erkennen.

Würden die Behauptungen des Angeſchuldig-
ten, daß er das bezüchtigte Verbrechen entweder
überall nicht, oder doch nicht vorſätzlich, began-
gen habe, nicht zwar von allem Schein entblößet
ſeyn, inzwiſchen der Angeſchuldigte bey dem mit
ihm angeſtellten Verhör durch Umzüge und Wi-
derſprüche den Verdacht wider ſich beſtärken, und
noch wohl gar vermehren, folglich aller Grund,
um ſeine Behauptungen für glaubwürdig halten
zu können, wegfallen; ſo iſt derſelbe ſo wenig
zum Erfüllungs- als Reinigungs-Eyde zuzulaſ-
ſen, vielmehr nach richterlichem Ermeſſen ſofort
auſſerordentlich zu beſtrafen. Eine ſolche willkühr-
liche Strafe würde auch beſonders unter den ange-
führten Umſtänden ſodann keinen Zweifel haben,
wenn der Angeſchuldigte gleich nichts unerlaubtes,
oder ſtrafbares eingeſtanden hätte, oder deſſelben
rechtlich überwieſen wäre, ſintemal einer ſchon
ſchwere Ahndung, oder ſcharfe Beſtrafung ver-
dienet, der bewieſener oder geſtändlichermaßen
Lügen und Umzüge ſich bey dem Verhör zu Schul-
den kommen laſſen, und dadurch die pflichtmäßi-

ge Achtung gegen ſeine Vorgeſetzten verletzet und aus den Augen geſetzet hat [l]).

Die Anwendung eines Erfüllungs-Eydes findet jedoch heutiges Tages zum höchſten nur noch im Anklagsproceß ſtatt, im Fall diejenigen Umſtände zutreffen ſollten, die ich von der Zulaſſung deſſelben überhaupt angeführet habe. Denn in Fällen, da das Gericht von Amtswegen verfähret, pfleget ein Angeſchuldigter, der keine zur Tortur oder zu einer auſſerordentlichen Strafe genugſame Anzeigen wider ſich hat, bey dem Mangel der Gefahr des Meineydes zwar zur endlichen Erhärtung ſeiner Unſchuld zugelaſſen zu werden. Es iſt aber ein ſolcher Eyd faſt mehr für einen Reinigungs- als Erfüllungs-Eyd zu achten [m]).

l) CARPZOV. *q.* 113. *n.* 54. *ſeq.* HARPRECHT *Conſ.* 106. *n.* 129 — 134. Meiſter in den rechtl. Erkenntniſſen in peinl. Fällen *Reſp.* 40. *n.* 14.
m) Weſtphal im Criminalrecht S. 802. §. 13.

XX.

Ob Eltern in der Diſpoſition unter ihren Kindern eine merkliche Ungleichheit bey der Vertheilung beobachten, und dieſen, oder jenen nach eigener Willkühr bis auf den Pflichttheil von ihrer Verlaſſenſchaft ausſchließen können?

Es gehöret zu den bekannteſten und ausgemachteſten Rechtswahrheiten, daß eine Diſpoſition, die Vater, Mutter, oder beyde Eltern zuſammen lediglich in Abſicht ihrer Kinder machen, nicht die mindeſten Feyerlichkeiten erfodere, und bey der Gewißheit des letzten Willens es dabey nicht einmal auf einer förmlichen Erbenseinſetzung ankomme [a]). Die Geſetze erfordern zur Gültigkeit, oder zum Rechtsbeſtande einer ſolchen Diſpoſition lediglich folgende Umſtände: daß ſolche, wenn ſie ſchriftlich abgefaßt worden, von dem Teſtirer entweder eigenhändig aufgeſetzet, oder wenigſtens unterſchrieben, oder, wenn ſie auf einer mündlichen Erklärung beruhet, letztere in zweyer Zeugen Gegenwart geſchehen ſey [b]).

 Weiter

a) WERNHER *P. 9. Obſ.* 208.

b) GAIL *Lib.* 2. *Obſ.* 112. *n.* 2. CARRACH *de diſpoſit. parent. inter liberos nuncupat. Hal.* 1754. KRAVSS. *de teſtament. parent. inter liberos minus ſolenniter nuncupato Viteb.* 1767.

Weiter müſſen in der angezogenen Diſpoſition ſowohl die Namen der Kinder, als die einem jeden derſelben zugebilligte Portion genau, deutlich und buchſtäblich ausgedruckt werden, auch muß die Jahrzahl und der Tag hinzugeſetzet ſeyn [c]). Ob nun gleich die bemerkten Eigenſchaften vermöge der angezogenen Geſetze keinen Zweifel haben, auch deren heutige Anwendung von den bewährteſten Rechtslehrern nicht bezweifelt wird [d]), ſo ſind gleichwohl andere ebenfalls von Anſehen, die bey einer Diſpoſition unter Kindern ſo wenig eine buchſtäbliche Beſtimmung der einem jeden zugebilligten Portion, als eine genaue Hinzufügung der Jahrzahl und des Tages zum Beſtande, oder zur Gültigkeit einer ſolchen Diſpoſition, erfordern [e]). Ohne inzwiſchen dieſe letztere von dem deutli-

c) *Nouella* 107. *cap.* 1. v. nos igitur omnia clara et aperta conſiſtere volentes, volumus, ſi quis litteras ſciens, inter ſuos filios voluerit facere diſpoſitionem, primum quidem eius ſubſcriptione tempus declaret. Deinde quoque filiorum nomina propria manu ad hoc vncias in quibus ſcripſit eos haeredes, non ſignis numerorum ſignificandas, ſed per totas litteras declaranda: vt vndique clarae et indubitatae conſiſtant. *Auth. quod ſine C. de teſtament.* WIESAND *ad Nouell.* 107. *c.* 1. *Viteb.* 1772.

d) Struben in dem 4ten Theil der rechtl. Bedenken *n.* 10. und BERGER *in Oeconom. Iur. Lib.* 2. *Tit.* 4. *Th.* 6. *n.* 3.

e) BRVNNEM. *ad Auth. quod ſine C. de teſtament.* BOEHMER *T.* 2. *R.* 720. *n.* 8. HOMMEL *Obſ.* 357.

deutlichen Ausſpruch der Geſetze abſtimmige Meynung näher zu prüfen, als worauf jetzo meine Abſicht nicht gerichtet iſt, will ich hier nur dieſes bemerken, daß der wahre und eigentliche Grund, warum eine Diſpoſition der Eltern unter ihren Kindern ohne alle ſonſt gewöhnliche Feyerlichkeiten beſtehet, vorzüglich darin zu ſetzen ſey, weil nach den Sitten und Gewohnheiten aller cultivirten Völker ſchon der bloße ernſtliche Wille der Eltern, ohne dabey auf die Art und Weiſe, wie derſelbe erkläret worden, zu ſehen, ihren Kindern das heiligſte und unverbrüchlichſte Geſetz ſeyn müſſe [f]), zumal von leiblichen Eltern nichts anders zu vermuthen ſtehet, als daß ſie von ihrer Seite die beſten Geſinnungen gegen die von ihnen gemeinſchaftlich erzeugte Kinter hegen, und ſolche auch bey der Regulirung ihrer Verlaſſenſchaft zu erkennen geben werden [g]). Vermöge dieſer Grundſätze wollen daher viele Rechtslehrer [h]), daß ein Kind, die von ſeinen beyden Eltern, oder von einem derſelben gemachte Vorſchrift aus dem Grunde, weil es in Verhältniß ſeiner Geſchwiſter zu wenig empfangen habe, und wohl gar bis auf den Pflichttheil ausgeſchloſſen worden ſey, nicht

f) *L. 16. C. famil. erciſcundae.* CRAMER *T. 3. Obſ.* 846. §. 2. und *Obſ.* 932. MEV. *P. 4. Dec.* 4.

g) *L. 22. §. 4. ad L. Iul. de adulter. Nouella* 107. *c.* 1. LEYSER *Spec.* 351. *n.* 2.

h) CARPZOV. *P. 3. Conſt.* 4. *Def.* 21. *n.* 9. GAIL *c. l. n.* 24. MEV. *P.* 9. *Dec.* 1. WESENBEC. *Conſ.* 56. *n.* 4.

füglich anfechten könne [i]), es wäre dann, daß einem ſolchen Kinde der ihm gebührende Pflichttheil, entweder ohne Anführung einiger, oder wenigſtens erheblicher Urſache, gänzlich entzogen ſeyn ſollte [k]). Denn, in ſoferne ein Kind noch wenigſtens in einem Theil des Pflichttheils nach der väterlichen Diſpoſition zum Erben eingeſetzet worden, könne daſſelbe zwar wohl auf die Ergänzung des Pflichttheils, nicht aber auf die gänzliche Zernichtung der väterlichen Diſpoſition, die Klage richten [l]).

Allein,

i) *L.* 8. *C. de inoffic. teſtamento* v. Parentibus arbitrium diuidendae haereditatis inter liberos adimendum non eſt: dummodo non minus is, qui pietatis ſibi conſcius eſt, partis, quae inteſtato defuncto potuit ad eum pertinere, quartam ex iudicio parentis obtineat. Add. *L.* 36. *C. famil. erciſcund.*

k) *L.* 30. 32. und 36. *C. de inoffic. teſtament.*

l) *Nouella* 115. *c.* 5. *pr.* haec autem diſpoſuimus, vt et parentes et filios teſtamentorum injuria liberos reddamus. Caeterum ſi qui heredes fuerint nominati: etiam ſi certis rebus iuſſi fuerint eſſe contenti, hoc caſu teſtamentum quidem nullatenus ſolui praecipimus. Quicquid autem minus eis legitima portione relictum eſt, hoc ſecundum noſtras alias leges ab heredibus impleti. Sola enim eſt noſtrae ſerenitatis intentio, a parentibus et liberis iniuriam praeteritionis et exheredationis auferre. WERNHER *c. l.* WILDVOGEL *de diuiſione parentum inter liberos Th.* 7.

Allein, die bisher angezogene Meynung, nach welcher Eltern bey der Diſpoſition unter ihren Kindern lediglich nach eigenem Gutbefinden verfahren, und wohl einen oder andern ſogar bis auf den Pflichttheil von ihrer Verlaſſenſchaft ausſchlieſſen können, wird von andern Rechtslehrern widerſprochen [m]). Die Gründe, deren ſich leztere zur Beſtreitung des Gegenſatzes bedienen, ſind beſonders die nachfolgenden. Zuförderſt finde nämlich nach dem Natur- und Völkerrecht, worin beſonders der wahre Grund, warum die Diſpoſition der Eltern in Abſicht ihrer Kinder ohne Feyerlichkeiten beſtehe, anzutreffen ſey, keine Ungleichheit unter Kindern von einerley Eltern ſtatt und ſey die leztere ſogar der ausdrücklichen Vorſchrift der poſitiven Geſetze zuwider [n]). Wenn nun gleich der bereits angezogene *L. 8. C. de inoffic. teſtament.* zum Beweis des Gegentheils angeführet werden mögte, ſo wäre gleichwohl billig zu erwägen, daß jenes Geſetz lediglich von einem feyerlichen Teſtament, in welchem freylich die Eltern völlige Macht und Befugniß hätten, nach eigenem Wohlgefallen über ihr Vermögen diſponiren zu können, zu verſtehen, nicht aber von einer Diſ-

 poſition

m) COTHMANN *Vol. 1. Reſp. 6. n. 14. ſeqq.* und mehrere von ihm angezogene Rechtslehrer.

n) *L. 11. C. famil. erciſcundae* v. inter filios et filias bona inteſtatorum parentum pro virilibus portionibus aequo iure diuidi oportere, explorati iuris eſt. *L. 3. C. comm. vtriusque Iudicii Auth. in Succeſſionem C. de ſuis et legitimis liberis.*

poſition der Eltern unter ihren Kindern zu erklären ſey, als welches letztere beſonders alle Umſtände des angezogenen Geſetzes unwahrſcheinlich machten [o]). Weil die Geſetze bey der den Eltern freygelaſſenen Befugniß, unter ihren Kindern ohne alle Feyerlichkeiten diſponiren zu können, beſonders die Abſicht hätten, um künftig alle Anläſſe zu Streit und Feindſchaft über die Verlaſſenſchaft zu entfernen, ſo folge daher von ſelbſt, daß die den Eltern ertheilte Befugniß, die Art der Erbfolge ihrer Kinder ohne Feyerlichkeiten beſtimmen zu können, eigentlich zum Beſten der Kinder eingeführet worden [p]), und daß dieſelbe daher nicht zum Schaden und Nachtheil derſelben in Anwendung gebracht werden könne. Es bliebe zwar den Eltern billig freygelaſſen, dieſem, oder jenem von ihren Kindern in ihrer Diſpoſition etwas zum voraus zu vermachen; aber hievon könne in keine Wege der Schluß auf ein Verfahren nach eigener Willkühr, oder daß die Eltern unumſchränkte Macht und Gewalt hätten, dieſes, oder jenes von ihren Kindern ſogar bis auf den Pflichttheil von ihrer Verlaſſenſchaft ausſchlieſſen zu können, gemacht werden [q]). Allein, dieſem allen

o) FICHTNER *in Diſſert. de quaeſt. an patri liceat in teſtamento minus ſolenni, ſeu priuilegiato peraeque vt in alio ſolenni filio cuidam relicta legitima de caeteris bonis inter liberos pro lubitu teſtari.*

p) *L.* 11. und 26. *C. famil. erciſcundae.*

q) COTHMANN *c. l. n.* 68. welcher daſelbſt merklich ſchreibet: denique teſtamentum imperfectum, in quo

allen ohngeachtet, iſt gleichwohl diejenige Meynung, nach welcher Eltern unter ihren Kindern nach eigenem Wohlgefallen diſponiren können, wenn ſie anders den letzteren nur den Pflichttheil unverkürzet laſſen, den Geſetzen angemeſſener, und ſie wird durch den Gerichtsgebrauch um ſo mehr beſtätiget [r]), als es an und für ſich ungereimt wäre, wenn die Geſetze den Eltern die Befugniß einräumten, unter ihren Kindern ohne Feyerlichkeit diſponiren zu können, und ſolche gleichwohl lediglich auf eine gleiche Vertheilung des Vermögens, die ſich ſodann ſchon von ſelbſt verſtünde, einſchlieſſen wollten. Nach der Analogie der Geſetze ſind gegentheils vielmehr mit der Diſpoſition der Eltern unter ihren Kindern eben dieſelben Rechte und Wirkungen verbunden, die ſonſten aus einem feyerlichen Teſtament zu erwachſen pflegen [s]). Der Einwurf, daß das Vermögen der Eltern unter ihre Kinder gleich zu vertheilen ſey, verdienet um ſo weniger einige Aufmerkſamkeit, als derſelbe eigentlich nur ſodann in Betracht

quo liberi inaequaliter inſtituti et enormiter laeſi ſint, etiamſi legitimam habeant, viribus non ſubſiſtere crebrior, verior et rectior interpretum noſtrorum opinio eſt, ſecundum quam etiam ab ampliſſimis aliquot facultatibus iuridicis reſponſum eſſe ſcio, et in praeſenti quoque caſu pronuntiandum exiſtimo.

r) BROCKES *in Select. Obſ. forenſ. Obſ.* 173. HELLFELD *in Iurispr. forenſ.* §. 1480.

s) MEV. *P.* 9. *Dec.* I. *n.* 5, 6.

Betracht kommen kann, wenn keine ausdrückliche Diſpoſition des Gegentheils vorhanden iſt [t]), als welche letztere auch die oben zum Beweis der gegenſeitigen Meynung angeführten Geſetze nicht ausſchlieſſen. Wenn auch gleich die Vermeidung der Streitigkeiten über die Verlaſſenſchaft der Eltern der Hauptendzweck bey einer von den letzteren gemachten Diſpoſition gewöhnlicher Weiſe zu ſeyn pfleget, ſo beruhet gleichwohl die Gültigkeit einer ſolchen Diſpoſition am meiſten auf der Ehrerbietung und dem Gehorſam, mit welchem die Kinder die in Abſicht ihrer geſchehenen Verfügungen ihrer Eltern aufnehmen und ſich dieſelben ohne diejenigen Feyerlichkeiten, die ſonſt erfodert zu werden pflegen, gefallen laſſen müſſen [u]). Aus allen dieſen aber ergiebet ſich nun von ſelbſt, daß der Einwand einer ungleichen Vertheilung des Vermögens und der daraus entſpringenden Verletzung, gegen eine Diſpoſition der Eltern, der Regel nach, in keinen Betracht komme, vielmehr ohnbeſchadet der letzteren, dem vermeyntlich beleidigten Theil nur lediglich die Befugniß zuſtehe, auf die Ergänzung des Pflichttheils ſeine Klage zu richten [x]). Würden aber die Eltern in ihrer Verordnung dieſem, oder jenem ihrer Kinder auch nicht einmal einen Theil des Pflichttheils ver=

t) *L. 21. C. de collat.*

u) WINTERBACH *de obligat. Iuribusque parentum et liberorum erga ſe inuicem eorumque fundament. Ien.* 1769.

x) *L. 30. C. de inoffic. teſtament.* MEV. *c. l. n.* 12. 13.

vermacht haben, ſo ſtehet auch demſelben, bekannten Rechten nach, zur Aufhebung eines ihm ſo nachtheiligen letzten Willens, zumal, wenn es entweder überhaupt an hinlänglichen Urſachen, oder wenigſtens an dem Beweis derſelben ermangelt, nach Beſchaffenheit der Umſtände die in den Rechten gegründete quaerela nullitatis, oder inofficioſi teſtamenti zu. Sollten inzwiſchen beyde, oder einer von den Eltern in ihrer Dispoſition zum Vortheil eines dritten, der nicht ihr Kind iſt, etwas verfüget, und ſolches ohne die in den Rechten beſchriebene Feyerlichkeiten gethan haben, ſo können auch die Kinder einen ſolchen letzten Willen nicht ſowohl aus dem Grunde der ungleichen Vertheilung des Vermögens, als vielmehr aus der Urſache, weil die Eltern in ihrer Dispoſition, die bekannten Rechten nach nur lediglich in Abſicht der Kinder ohne Feyerlichkeiten beſtehet, eine fremde Perſon hinzugefüget und dieſelbe mit zur Erbfolge zugelaſſen haben, in gegründeter Hofnung eines guten Erfolgs anfechten [y]),

und

y) *L. 20. C. de teſtament. in fin.* Si vero in huiusmodi voluntate liberis alia ſit extranea mixta perſona: Certum eſt eam voluntatem defuncti quantum ad illam duntaxat permixtam perſonam pro nullo habere, ſed liberis adcreſcere. *Nouella* 107. *cap.* 1. v. Si tamen aut vxori aut extraneis perſonis aliquibus voluerit relinquere legata, aut fideicommiſſa aut libertates, et haec propria ſcripta manu, dictaque a teſtatoribus coram teſtibus, quoniam omnia conſequenter in diſpoſitione poſita ipſi et ſcripſerunt, et volunt

valere

und auf die Zernichtung einer ſolchen våterlichen Diſpoſition mit vǒlligem Rechtsbeſtande ihre Klage richten z).

valere, ſint firma: nihilo minuenda eo quod videantur in charta ſcripta, reliquam obſeruationem teſtamentorum non ſuſcipiente: Sed hoc ſolum immutetur, quod eius manus et lingua habet omnem veritatem chartae praebitam.

z) ALDRINGER *in Diſſert. de filio in imperfecto parentum inter liberos teſtamento ne bona quidem mente exheredando. Auguſtae Treuirorum* 1785.

XXI.

Ob und in wieferne die willkührliche Veränderung des Aufenthalts als ein Verbrechen anzuſehen ſey, und welche Strafe deshalb ſtatt finde?

Nicht allein das gemeine Recht [a]), ſondern auch eine damit übereinſtimmende Obſervanz in Deutſchland [b]) geſtatten einem jeden freyen Menſchen, ſeinen Aufenthalt nach eigenem Belieben verändern, und ſolchen künftig in fremden Ländern nehmen zu können, woferne er nur dadurch weder gewiſſe Pflichten und Verbindlichkeiten verletzet, noch in Abſicht auf die Art und Weiſe rechts- oder geſetzwidrig verfähret [c]). Hieraus ergiebet ſich von ſelbſt, daß ſo wenig diejenigen, die in öffentlichen Aemtern und Bedienungen bisher geſtanden haben, ohne erhaltenen Abſchied ſich entfernen, als diejenigen beſonders, die bisher gewiſſe Rechnungen geführet, oder andere Geſchäfte

a) *L.* 5. §. 1. *L.* 12. *de captiu. et poſtlimin. reuerſ. L.* 20. 27. §. 2. *L.* 31. *de lib. hom. exhibend. L.* 1. *C. de incol. L.* 17. §. 11. *ad municip.*

b) *A. B. c.* 16. *I. P. O. art* V. §. 12. 36.

c) *L. vn. C. ſi curial. relict. ciuitat.* R. A. von 1570. §. 4. MEV. *ad Ius Lubec. Lib.* 1. *art.* 1. *T.* 2. *n.* 7.

ſchäfte verwaltet haben, ohne vorhergegangene Rechnungs-Ablegung und Erledigung der ihnen gemachten Erinnerungen ihren Aufenthalt verändern können. Allein, auch andere Perſonen, die zwar nicht in einer ſolchen Beziehung ſtehen, inzwiſchen gleichwohl nicht als bloße Forenſes anzuſehen ſind, können nur ſodann ihren Aufenthalt nach eigener Willkühr rechtsbeſtändig verändern, wenn ſie nach vorgängiger Begebung ihrer bisherigen Verbindung, ſich zu dem verfaſſungsmäßig zu bezahlenden Abzugsgelde erbieten, und ſolches demnächſt würklich abführen [d]). Unter ſolchen Umſtänden und wenn letzteres gehörig entrichtet worden iſt, ſind, ohne zu gegründeten Beſchwerden Anlaß zu geben, die unter gerichtlichem Siegel verlangten Zeugniſſe der Geburt und Lebensart, des getriebenen Gewerbes und des rechtmäſſiger Weiſe veranſtalteten Abzugs den Wegziehenden nicht füglich vorzuenthalten. Es ſind inzwiſchen Fälle möglich, da entweder der Wegzug an und für ſich ſelbſt, oder wenigſtens die Art und Weiſe, wie er geſchiehet, ein eigentliches und wahres Verbrechen ausmachen. Dahin gehören beſonders, wenn Leibeigene, oder andere dienſtpflichtige Leute, ſich durch den veranſtalteten Wegzug von ihrer Unterwürſigkeit, oder Dienſtpflicht zu befreyen ſuchen; wenn ein Wegziehender mit Schulden behaftet iſt und ſeinen Gläubigern keine Befriedigung leiſten kann [e]); wenn einer durch die

d) SAM. STRYCK *de reſignat. Iur. ciuitat. c.* 5. §. 7.

e) *L.* 34. *ad municip.*

die vorhabende Veränderung ſich anderen Obliegenheiten ungebührlicher Weiſe zu entziehen gedenket [f]). Das Wegziehen freyer Leute pfleget auch zu ſolchen Zeiten, da in einem Staat Aufruhr und Tumult herrſchen [g]), wie auch bey anſteckenden Krankheiten und Sterbensläuften, beſonders in Abſicht auf die Aerzte und Geiſtlichen [h]), als unſtatthaft angeſehen zu werden. Die Art und Weiſe macht den veranſtalteten Wegzug, wenn er auch an und für ſich betrachtet erlaubt iſt, zuweilen zu einem Verbrechen. Dahin gehöret beſonders, wenn die Wegziehenden das gewöhnliche Abzugsgeld, oder den ſogenannten Zehenden nicht entrichten. Ob es zwar die Pflicht einer jeden Obrigkeit iſt, wegen der Bezahlung des Abzugsgeldes alle nöthige Vorſorge zu hegen, und allenfalls durch eine Beſchlag-Verfügung auf die Güther derjenigen, die wegzuziehen willens ſind, jene werkthätig zu zeigen [i]), ſo hat doch eine nachgeordnete Obrigkeit, in Ermangelung beſonderer Privilegien, an dem Abzugsgelde ſelbſt, bekannten Rechten nach, nicht den mindeſten Antheil, vielmehr gebühret ſolches lediglich dem Landesherrlichen

f) HARPRECHT *Diſſ. de aer. alien. ciuitat. a ciu. nouell. et migrant. ſoluend.*

g) HILDEBRAND *Diſſ. de intempeſtiu. ciu. diſceſſ. cohihend. Alt.* 1716. §. 4.

h) BERLICH *P.* 4. *Concl.* 9. ENGELBRECHT *de peſte et iurib. circa tempeſt.*

i) HILDEBRAND *l. c.* §. 9.

lichen Fiſco [k]), wenn gleich die Obrigkeit eine völlig uneingeſchränkte Gerichtsbarkeit haben, oder gar mit dem völligen Gebrauch des Lübeckſchen Rechts [l]) beliehen wäre [m]). Es ſind inzwiſchen Rechtslehrer, die in Abſicht auf die von einem Gehöfte abziehenden freyen Leute hierunter eine Einſchränkung gemacht, und der Guthsherrſchaft ſodann das Abzugsgeld zugeſtanden wiſſen wollen [n]).

Eine verehlichte Frauensperſon, die ſich eigenmächtig einen von ihrem Ehemann verſchiedenen Aufenthalt erwählet, begehet ein Verbrechen, weil ſie, kundbaren Rechten nach, ihren Aufenthalt

k) SCHORCH *in Reſponſ. et ſentent. ſelect. Tom.* 1. *Obſ.* 225.

l) Die Bewidmung mit dem Lübeckſchen Recht geſchiehet bekanntlich nur zur Ergänzung des gemeinen bürgerlichen Privatrechts, keineswegs aber mag darauf die Ausübung dieſer oder jener Regale, die der Stadt Lübeck vermöge der Reichsſtandſchaft zuſtehen, gebauet werden. ENGELBRECHT *de eo quod ſuperioritat. territorial. eſt in Iur. Lubec. Gryphisw.* 1742.

m) Der verdiente Herr Dohmprobſt Dreyer in den rechtl. Bedenken, ob die mit dem Lübeckſchen Recht bewidmete Städte ſich des Rechts erbloſe Güther ihrer verſtorbenen Bürger zu ſich zu nehmen, zu erfreuen haben. Der berühmte Herr geheime Juſtizrath BOEHMER *de Iur. fiſci ciuitat. meditat. vi conceſſ. Iur. Lubec. non competent. Eiusd. electa iuris ciuilis Tom.* II. *n.* 10. *pag.* 501.

n) ENGELBRECHT *Select. Obſ. forenſ. Obſ.* 135.

halt nicht nach eigenem Gutbefinden wählen darf, vielmehr verbunden iſt, ihrem Ehemann zu folgen, wenn derſelbe ſeinen bisherigen Aufenthalt verändern ſollte [o]), zumal, wenn er nicht wegen eines infamirenden Verbrechens des Landes verwieſen worden wäre. Ein Vergleich zweyer Ehegatten, mittelſt deſſen ſie ſich eigenmächtig von einander trennen, und an unterſchiedenen Oertern wohnen zu wollen feſtſetzen, iſt an und für ſich ungültig, und pfleget auf Beſchwerdführung des einen oder andern Theils wieder aufgehoben und bey namhafter Geldbuße und nach Befinden noch härterer Ahndung auf die Zukunft unterſaget zu werden [p]), es wäre dann, daß der Mann nicht im Stande ſeyn ſollte, die ſich etwa von ihm getrennet gehabte Frau zu ernähren [q]). Wenn gleich wegen der Flucht, die jemand, um der Strafe eines begangenen Verbrechens zu entgehen, ergriffen, in ſoferne er nicht während derſelben neue Verbrechen begangen hätte, oder er auch zur Strafe gefangen geſeſſen, die des Verbrechens wegen an und für ſich verwirkte Strafe nicht geſchärfet zu werden pfleget; ſo bleibet gleichwohl eine ſolche Flucht

 unter

o) *L. 5. D. de R. N. L. 65. de Iudic. L. 38. §. 3. ad municip.* STRVV. *Syntagm. Iur. ciu. Ex. 9.* §. 28. SCHORCH *c. l. Reſp. 53. n. 19.*

p) Eiſenhart in den Erzählungen beſonderer Rechtshändel im 9ten Theil *n.* 13.

q) PÜTTMANN *de inopia mariti, interdum iuſta ſeparationis conjugum temporiae cauſa* ſ. deſſen *Aduerſar. Iuris Lib.* 1. *c.* 8.

unter allen Umſtänden unerlaubt, und es kann um deswillen in eigentlichen peinlichen Fällen mit Erlaſſung der Steckbriefe, Aufzeichnung der Güther und öffentlicher Ladung verfahren, in geringen Strafſachen aber in contumaciam erkannt werden.

Die Veränderung des Aufenthalts macht weiter ein Verbrechen aus, wenn ſie wider Willen der Eltern, Vormünder, Curatoren, Lehrherren und anderer, deren Gewalt man unterworfen iſt, geſchicht. In einem ſolchen Fall kann nicht allein derjenige, der ſich eigenmächtiger Weiſe von denen, deren Gewalt er unterworfen iſt, getrennet hat, durch dienliche Zwangsmittel zur Rückkehr angehalten, ſondern auch, dem Befinden nach, mit der Verurtheilung zum Gefängniß, oder gar zu den öffentlichen Arbeiten auf ein, oder mehrere Jahre beſtrafet werden.

Es iſt aber ſodann die Veränderung des Aufenthalts nicht als ein Verbrechen anzuſehen, wenn ſie, entweder der Geſchäfte halben, auf eine gewiſſe Zeit und zugleich auf rechtmäßige Art, oder wohl gar der Religion und des Gewiſſens wegen, geſchicht. Der Weſtphäliſche Friedensſchluß r) erlaubet insbeſondere denen, die eine in dem ſogenannten Entſcheidungs-Jahre von 1624. ihren Vorfahren an dem Ort zuſtändig geweſene Religions-Uebung nicht beweiſen können, ſodann, wenn man ihnen auch die ruhige Ausübung einer Privatandacht nicht einmal ferner geſtatten will, ihren

r) Art. V. §. 34. 36. 37.

ihren Aufenthalt nach Bezahlung des gewöhnlichen Abzugsgeldes, das aber zu ihrem Nachtheil keine Erhöhung zuläßt [s]), nicht allein für ihre Perſon, ſondern auch mit ihrer Familie und ihrem Vermögen, zu verändern. Eben dies gilt auch von Leibeigenen, welche von ihren Herren, im Fall ihr vorhabender Wegzug lediglich und allein die Gewiſſensfreyheit zu Grunde hat, nicht daran verhindert werden können; doch müſſen ſie bereit und willig ſeyn, auſſer dem gewöhnlichen Abzugsgelde, auch das übliche Löſegeld für die Erhaltung ihrer Freyheit zu bezahlen [t]). Fremden, die ſich in einem Staat zwar eine Zeitlang aufgehalten, allein darin weder ein Amt übernommen, noch Grundſtücke angekauft, noch bürgerliche Gewerbe getrieben haben, pfleget man es gewöhnlich an allen Oertern zu erlauben, das Land zu jeder Zeit nach eigener Willkühr wieder zu verlaſſen [u]).

Unter den angeführten Einſchränkungen jedoch, unter welchen die willkührliche Veränderung

 des

s) FLEISCHER *de Iur. reformand. et emigrand.* §. 49.

t) *Pax Religioſa* de 1555. §. 24. *I. P. O. art. V.* §. 37. Meine *Principia Iurisprudent. eccl. Germ.* §. 50. 51.

u) Dieſes wird in dem Entwurf eines allgemeinen Geſetzbuchs für die Preußiſchen Staaten im 1ſten Theil, der 3ten Abtheilung, Tit. 5. Abſchn. 2. §. 79. ebenfalls gebilliget und daher unter den angeführten Einſchränkungen der willkührliche Abzug für erlaubt geachtet.

des Aufenthalts ein Verbrechen ausmacht, findet deshalb nicht allein eine verhältnißmäßige Beſtrafung ſtatt, ſondern auch dem dadurch beleidigten Theil ſteht die verlangte rechtliche Genugthuung nicht zu verſagen. Um einer ungebührlichen Veränderung des Aufenthalts vorzubeugen, kann eine jede Obrigkeit die wirkſamſten Vorkehrungen treffen [x]), insbeſondere aber durch Beſchlaglegung auf die Güther, Verſagung der Geleits- und Dimiſſorial-Briefe, durch Schreiben an die Obrigkeit, wo die Wegziehenden das Bürgerrecht ſuchen, und allenfalls gar durch Gefängniß und Verſtrickung, die Abſicht zu vereiteln ſuchen [y]). Leibeigene, die boshafter Weiſe austreten, können nicht allein aller Orten, wo man ſie antrift, in Anſprache genommen [z]) und nach Mecklenburgſchen Landesrechten ſogar noch binnen dreyßig Jahren

x) *L. 2. de R. I. L. 11. C. de SS. eccleſ. L. 21. C. de curſ. publ. L. 17. C. de primipil. L. 1. C. vt nem. lic. emt. Auth. quae habuerunt. C. commun. legat. R. I. de* 1529. §. 10. von 1555. §. 23. HILDEBRAND *c. l.* §. 9.

y) *Arg. L.* 13. §. 1 *de iniur. L.* 29. §. 7. *ad L. Aquil.* R. A. von 1495. §. und ſo viel die ungleiche ꝛc. GAIL *de arreſt. imper. c.* 8. *n.* 13. *ſeqq.* MEV. *ad Ius Lubec. Lib.* 1. *Tit.* 2. *art.* 2. *n.* 78. KNIPSCHILD *de ciuitat. imper. Lib.* 2. *cap.* 20. *n.* 51.

z) *L. 4. C. de ſeru. fugitiu.* R. A. von 1529. v. desgleichen ſoll keiner ꝛc. SCHILDER *Ex.* 21. §. 19. LEYSER *Spec.* 125. *n.* 4. Mevius vom Zuſtand und Abforderung der Bauersleute.

Jahren zurückgefodert werden [a]), ſondern ſie werden auch mit der Verurtheilung zu öffentlichen Arbeiten auf ein, oder mehrere Jahre beſtrafet. Diejenigen welche die Flucht der Leibeigenen befördern und dazu auf irgend einige Weiſe behülflich ſind, müſſen nicht allein allen verurſachten Schaden erſetzen, ſondern werden auch, vorkommenden Umſtänden nach, ſogar als Plagiarii angeſehen und beſtrafet [b]).

Bey den Römern konnten die Serui fugitiui zwar aller Orten, wo man ſie antraf, angehalten werden; danächſt aber waren ſie dem praefecto vigilum, oder der zuſtändigen Obrigkeit zur Beſtrafung ſofort zu übergeben [c]). Nach dem älteren Römiſchen Recht wurden die Ueberläufer am Leben [d]), eigentliche Serui fugitiui aber, beſonders, wann ſie ſich zu den Barbaren wandten, mit der Abhauung des Fußes, oder mit der Verurtheilung zu den Metallen [e]), und, nach dem neueren Römiſchen Recht, mit der Abhauung der Hand,

 oder

a) *Select. Iurid. Roſtochienſ. Faſcic.* 1. *Spec.* 3. *q.* 6.

b) *de* CRAMER *Tom.* 1. *Obſ.* 54.

c) *L.* 1. §. 3. 6. 7. 8. *D. fugitiu.*

d) *L.* 38. §. 1. *de poen.* v. Transfugae ad hoſtes, vel conſiliorum renuntiatores, aut viui exuruntur, aut furca ſuſpenduntur.

e) *L.* 3. *C. de Seru. fugitiu.* v. Si fugitiui ſerui deprehendantur ad Barbaros tranſeuntes: pede amputato debilitentur, aut metallo dentur, aut qualibet alia poena afficiantur.

oder ſonſt anderweitig beſtrafet [f]). Die Strafe ſolcher ſeruorum fugitiuorum, die nicht zu den Barbaren übergingen, iſt in dem Römiſchen Recht nicht deutlich beſtimmet, ſondern nur überhaupt verordnet, daß ſie ihrem Herrn wieder zurückgegeben und deſto nachdrücklicher beſtrafet werden ſollen, wenn ſie ſich wohl gar als freye Menſchen betragen hätten [g]). Diejenigen, welche entlaufene Knechte ihrem rechtmäßigen Herrn vorenthalten und ſie verheimlichen, will das Römiſche Recht als Diebe beſtrafet wiſſen [h]).

Nach **Mecklenburgiſchen Rechten** können dienſtpflichtige Unterthanen nicht allein aller Orten verfolget werden, ſondern es iſt auch eines jeden Orts Obrigkeit dahin angewieſen, zu ihrer Habhaftwerdung auf geziemende Anzeige allen erfoderlichen Beyſtand zu leiſten. Werden ſie wirklich zur Haft gebracht, ſo ſind ſie, bewandten Umſtänden nach, mit dem Veſtungsbau, oder Zuchthauſe zu beſtrafen [i]).

So

f) *Nouella* 134. *cap.* 13. *Auth. ſed nouo Iure* C. *de ſeru. fugitiu.* v. Sed nouo Iure ſi criminis qualitas membri abſciſſionem exigat, vna ſola manus abſcindetur.

g) *L.* 2. *D. de fugitiu.* v. fugitiui ſimplices dominis reddendi ſunt: ſed, ſi pro libero ſe geſſerint grauius coerceri ſolent.

h) *L.* I. *pr. D. de fugitiu.* v. Is, qui fugitiuum celauit, fur eſt.

i) Die Mecklenburgſche Geſinde-Ordnung *Tit.* 2. und die Landes-Conſtitutionen von 1696. und vom 2ten Aug. 1760., wie auch die vom 21ſten Junii 1763.

So wenig Dienſtbothen, die nicht leibeigen ſind und aus rechtmäßigen Urſachen, wohin auch die Ehe gehöret k), ihre Dienſtzeit nicht vollenden können, eine Verkürzung an ihrem verdienten Lohn wiederfahren kann l), ſo ſehr ſind diejenigen, die ohne rechtmäßigen Grund ihre Dienſtzeit nicht vollenden, nicht allein, bewandten Umſtänden nach, mit Gefängniß, oder ſonſt verhältnißmäßig, zu beſtrafen, ſondern auch überdieß zur Erſetzung alles Nachtheils, oder der dadurch ihrer Herrſchaft verurſachten Schäden, anzuhalten m). Verſchiedene Rechtslehrer n) behaupten zwar, vermöge Sächſiſcher Rechte o), daß ein ſolcher Dienſtbothe p), ſein ganzes etwa

k) *Arg. c.* 3. X. *de locat.* LEYSER *Spec.* 125. *Coroll.* 1.

l) CARPZOV. *P.* 2. *Conſt.* 52. *Def.* 11. 12. BERGER *in Oeconom. Iur. Lib.* 3. *Tit.* 10. *Th.* 6. *n.* 3.

m) *Arg. L.* 23. *D. locati conducti.* MÜLLER *ad* STRUV. *Ex.* 15. *Th.* 52. Einige Rechtslehrer wollen ſogar, daß bey einem zur Zeit der Entweichung vermerkten Diebſtahl wider den Dienſtbothen, der ſeine Dienſtzeit nicht vollendet, ein indicium furti commiſſi erwachſe, und deshalb die Tortur ſtatt haben könne, wenn anders das corpus delicti vorher in genugſame Richtigkeit und Gewißheit geſetzet worden. LEYSER *c. l. Coroll.* 3.

n) CARPZOV. *c. l. Def.* 13.

o) Sächſiſches Landrecht *Tit.* von den ungehorſamen Dienſtbothen.

p) Für eine ſolche rechtmäßige Urſache iſt inzwiſchen diejenige nicht anzuſehen, wenn ein Herr ſeinen Dienſt-

wa rückſtändiges Lohn einbüßen ſolle q); andere hingegen wollen, daß er nur eines halben Jahres Lohn, ſtatt einer Schadensersetzung zu bezahlen habe? Wie nun hiemit die ausdrückliche Vorſchrift des Lübeckſchen Rechts r) übereinſtimmet, ſo pfleget auch an den Oertern, wo letzteres nicht angenommen iſt, der Gerichtsgebrauch damit übereinzukommen s). Eben dieſelbe Strafe findet nach dem Gerichtsgebrauch auch in Anſehung ſolcher Dienſtbothen ſtatt, die ſich ohne hinlängliche Urſache weigern, den Dienſt, wozu ſie ſich vermiethet hatten, anzutreten. Die angezogenen Mecklenburgiſchen Landes-Conſtitutionen t) wollen noch beſonders, daß diejenigen Leute, die zwar nicht Leibeigen ſind, inzwiſchen doch in eines andern Lohn und Brodt ſtehen, wann ſie ihre Dienſtzeit unbefugter Weiſe nicht vollenden, mit einem Gefängniß bey Waſſer und Brodt auf acht

Dienſtbothen bloß im Affect befiehlet, wegzugehen und niemal wieder zu kommen. LEYSER *Spec.* 125. *n.* 3.

q) Ein gleiches verordnen in Mecklenburg die Policey-Ordnung von 1572. Tit. 40. §. 3. Die Geſinde-Ordnungen von 1646. und 1654. *Tit.* 3. §. 2.

r) Lübeckſches Stadtrecht B. 3. *Tit.* 8. Art. 6. MEV. *in Comm. ad Ius Lubec. dict. loc.*

s) CARMON *Diſſ. de retent. mercedis famuli domino permiſſa c.* 5. *n.* 12. *ſeqq.*

t) Die angezogenen Landes-Conſtitutionen von den Jahren 1760. und 1763.

acht Tage bis vier Wochen; die Aufwiegler und Verführer des Geſindes aber mit Veſtungsbau und Zuchthaus, auch, nach Beſinden noch härter beſtrafet werden ſollen.

Nach der Schwediſch Pommerſchen Bauer- Geſinde- und Schäfer-Ordnung darf ein Herr oder Frau dem Geſinde, das auſſerhalb der Zeit ohne rechtmäßige Urſache aus dem Dienſt entweicht, den Lohn für die Zeit, ſo es in demſelben Jahr bereits verdienet, nicht bezahlen [u]). Wenn gleich die im Römiſchen Recht gegründete actio de Seruo corrupto, nach dem Zeugniß der Rechtslehrer, heutiges Tages nicht füglich in Anwendung kommt [x]), ſo hat es gleichwohl keinen Zweifel, daß aller Orten wider die Aufwiegler und Verführer des Geſindes [y]) von Amtswegen verfahren werden könne, dem Beleidigten aber freyſtehe, wegen ſeines Intereſſe und Schadens an der Unterſuchung Theil zu nehmen, und deshalb zweckdienliche Anträge zu machen [z]), damit eine und eben dieſelbe Urthel ſowohl die

u) Dähnerts Samml. Pommerſcher und Rügiſcher Landesurkunden Th. 3. S. 834. *n.* 3.

x) SCHLITTER *Ex.* 21. §. 17.

y) Für ſolche Aufwiegler ſind inzwiſchen diejenigen in keine Wege zu halten, die eines andern Dienſtbothen dahin zu bringen ſuchen, daß ſie nach geendigter Dienſtzeit bey ihnen in Dienſt treten. LEYSER *Spec.* 24. *n.* 8.

z) BECKER *Diſſ. de tertia ſpecie proceſſ. mixti ſeu denuntiator. eiusque indole et different. a pro-*

die Beſtrafung, als die dem Dienſtherrn zuſtändige Schadensersetzung, beſtimmen könne [a]).

proceſſu tam ciuili, quam criminali. Roſt. 1759. LEYSER *c. l. Coroll.*

a) *Arg.* Art. 207. P. G. O. *de* BOEHMER *ad art.* 207. *CC.* Meiſter in den rechtlichen Erkenntniſſen in peinlichen Fällen im 2ten Theil *Dec.* 51.

XXII.

Ob die Unterlaſſung des Widerſpruchs bey der Veräuſſerung eines unterpfändlich verſchriebenen Grundſtücks für eine ſtillſchweigende Begebung des zuſtändigen Pfandrechts angeſehen werden könne, und alle fernere Anſprache des Gläubigers zernichte?

Da es den Geſetzen nach keinem Zweifel unterworfen iſt, daß ein an dieſem, oder jenem Grundſtück einmal rechtmäßig erworbenes Pfandrecht cum onere hypothecae auf einen jeden Beſitzer, oder Inhaber gehe [a]), und ein Gläubiger ſolchergeſtalt verſichert ſeyn könne, daß ſelbiges, der geſchehenen Veräuſſerung des Grundſtückes ohngeachtet, fortdaure; ſo ſchadet es jenem eben ſo wenig, als daraus eine Begebung des zuſtändigen Pfandrechts gefolgert werden kann, wenn der Gläubiger etwa die vorhabende Veräuſſerung gewußt [b]), und gleichwohl derſelben, ehe ſie wirklich

a) *L.* 16. *de pignor et hyp.* PUFENDORF *Tom.* 1. *Obſ.* 131. §. 1.

b) *L.* 8. §. 15. *quib. mod. pign. vel hypoth. ſolu.* v. non videtur autem conſenſiſſe creditor, ſi ſciente eo debitor rem vendiderit, cum ideo paſſus

lich im Werk geſetzet worden, nicht widerſprochen hat [c]). Denn, obzwar zuweilen das Stillſchweigen eine wirkliche Einwilligung zu erkennen giebet [d]); zumal, wenn entweder Geſetze, oder beſondere obrigkeitliche Verordnungen mit dem Stillſchweigen dergleichen Nachtheil verbinden, und ſolchergeſtalt den Widerſpruch unumgänglich erfodern [e]); ſo iſt doch von demjenigen, der von dem Ausgang eines gewiſſen Geſchäfts Schaden, oder Nachtheil zu befahren hat, der Regel nach nicht zu vermuthen, daß ſeine Abſicht dahin gegangen ſey, aus ſeiner Unterlaſſung des Widerſpruchs ſogar eine Einwilligung gefolgert wiſſen zu wollen [f]). Es iſt vielmehr, unter den angeführten Umſtänden, da die Begebung zuſtändiger Rechte vor allen Dingen zu beweiſen [g]), das gerade

paſſus eſt venire, quod ſciebat, vbique pignus ſibi durare.

c) Der berühmte Halliſche Rechtslehrer, Herr Profeſſor Weſtphal in dem Verſuch einer ſyſtematiſchen Erläuterung der ſämtlichen Römiſchen Geſetze vom Pfandrecht Cap. 9. §. 255. n. 264.

d) *c. 43. de Reg. Iur. in 6.*

e) *L. 10. §. 11. de interrogat. in Iur. fac. L. 13. §. 11. locati conducti L. 16. ad SCtum Macedonian. L. 7. §. 1. de ſponſal. c. 2. de confeſſ. in 6. L. 4. §. 3. ad municip.*

f) *L. 8. §. 2. de legat. 2. L. 8. §. 15. quib. mod. pign. vel hyp. ſolu. c. 44. de R. I. in 6.* CRAMER *Tom. 3. Obſ.* 940. HOMMEL *Rhapſod. Quaeſt. Obſ.* 411.

g) *L. 25. de probat. c. 5. X. de renuntiat.*

rade Gegentheil zu vermuthen, und zwar ohne Unterſcheid, ob der zu befürchtende Schade groß, oder geringe? auch ob derjenige, den die Sache, oder das Geſchäft eigentlich und unmittelbar betrift, gegenwärtig, oder abweſend ſey? Da überdieß ein Gläubiger die Veräuſſerung des ihm zum Unterpfande geſetzten Grundſtücks durch ſeinen etwanigen Widerſpruch nicht verhindern kann [h]), zumal ihm dadurch an ſeinen Zuſtändniſſen kein Nachtheil zuwächſet, ſo iſt daher auch um ſo weniger aus ſeinem Stillſchweigen eine Begebung des habenden Pfandrechts zu folgern [i]). Denn, wenn gleich in den Rechten verſehen iſt, daß ein ſolcher, der da weiß, daß ein anderer die ihm zugehörige Sache ohne ſeine Einwilligung und Genehmigung verpfändet habe, und gleichwohl dolo et fraude dem Gläubiger davon keine Nachricht gegeben hat, die geſchehene Verpfändung nachhin nicht weiter anfechten könne, vielmehr dieſelbe bey völliger Kraft und Wirkung bleiben müſſe [k]), ſo kann gleichwohl dieſer Umſtand

h) CARPZOV. *P.* 2. *Conſt.* 24. *Def.* 8. LEYSER *Spec.* 235. *n.* 7. BERGER *in Oeconom. Iur. Lib.* 2. *Tit.* 5. *Th.* 7. *n.* 5.

i) *L.* 8. *C. de nouat. L.* 142. *de R. I.* §. 3. *Inſt. quib. mod. toll. obl.* LEYSER *Spec.* 235. *n.* 5.

k) *L.* 2. *C. ſi alien. res pignori data ſit.* v. ſi probaueris praeſidi praedia vel hortos, de quibus agebatur, tuos eſſe, intelligis obligari eos creditori ab alio non potuiſſe, ſi non ſciens hoc agi, in fraudem creditoris ignorantis diſſimulaſti. CHR. GOTTL. GMELIN *Comment. de Iure pigno-*

ſtand wider meine bisher angeführten Grundſätze in keine Wege die Stelle eines gegründeten Einwurfs vertreten, indem die Geſetze einem Gläubiger ausdrücklich die Befugniß ertheilen, bey der Veräuſſerung des ihm unterpfändlich verhafteten Grundſtücks, in Ermangelung einer rechtlich geſchehenen Aufforderung, ſich ruhig verhalten zu können.

Es ſind inzwiſchen verſchiedene Fälle, in welchen die bey der Veräuſſerung des unterpfändlich verſchriebenen Grundſtückes unterlaſſene Anregung des zuſtändigen Pfandrechts für einen Gläubiger nachtheilige Folgen hat, und in welchen daher auf eine ſtillſchweigende Begebung des Pfandrechtes der Regel nach rechtlich geſchloſſen werden kann. Hieher gehöret beſonders, wenn der Gläubiger zu der Veräuſſerung, ohne ſich wegen ſeiner Zuſtändniſſe im mindeſten zu verwahren, entweder vor, oder nach der Uebergabe, ſeine Einwilligung gegeben [l]), oder wenigſtens den Kaufcontract, worin

pignoris vel hypothecae, quod creditori debitor in re ſibi non propria conſtituit. Vlmae 1778.

l) *L.* 7. *pr. quib. mod. pign. vel hyp. ſolu.* v. ſi conſenſit venditioni creditor, liberatur hypotheca *L.* 2. *C. de remiſſ. pign.* ſi probaueris te fundum mercatum poſſeſſionemque eius tibi traditam, ſi ſciente et conſentiente eaque ſibi cum a venditore obligatum dicit: exceptione eam remouebis. Nam obligatio pignoris conſenſu contrahitur et diſſoluitur. *L.* 4. §. 1. *quib. mod. pign. vel hyp. ſolu.* LEYSER *Spec.* 235. *n.* 5.

worin das zum Unterpfande geſetzte Grundſtück an einen andern zum Eigenthum überlaſſen worden, unterſchrieben [m]), und letzteres beſonders nicht ſowohl in dem Zuſtand eines erbetenen Zeugen, als vielmehr in dem Zuſtand eines eigentlichen Pfandgläubigers gethan hat [n]). Iſt nun ſchon ſogar eine jede Einwilligung des Gläubigers zu der Veräuſſerung des ihm zum Unterpfande geſetzten Grundſtücks, wenn ſolche nämlich ohne allen Vorbehalt und Verwahrung geſchehen, für eine ſtillſchweigende Begebung des zuſtändigen Pfandrechts anzuſehen [o]); ſo verſtehet es ſich gewiſſermaßen von ſelbſt, wie es denn auch ausgemachten Rechtens iſt [p]), daß derjenige Gläubiger, der ſich in dem zur Liquidation der ſämtlichen aufs Grundſtück haftenden hypothecariſchen Schulden angeſetzten Termin nicht gemeldet hat, nach erfolgtem und rechtskräftig gewordenen Präcluſiv-Abſchiede nicht weiter zu hören ſey [q]), es wäre dann, daß er aus ſcheinbaren Urſachen ſich mit der Unwiſſenheit entſchuldigen und mittelſt

Anfüh-

m) L. 8. §. 15. *quib. mod. pign. vel hyp ſolu.* v. Sed, ſubſcripſerit forte in tabulis emptionis, conſenſiſſe videtur, niſi manifeſte appareat, deceptum eſſe, quod obſeruari oportet, ſi ſine ſcriptis conſenſerit.

n) BROCKES *ſelect. Obſ. forenſ. Obſ.* 6. §. 43.

o) *L.* 4. §. 1. *L.* 7. *pr. L.* 8. §. 11. *quib. mod. pign. aut hyp. ſolu.*

p) *L.* 6. und 8. *C. de remiſſ. pign.*

p) Struben in dem 4ten Theil der rechtl. Bedenken *n.* 134. ENGAV *P.* 2. *Dec.* 158. *n.* 4.

Anführung erheblicher Gründe behaupten könnte, daß er von der ergangenen öffentlichen Ladung ſo wenig etwas habe in Erfahrung gebracht, als in Erfahrung bringen können; auch der Schuldner ſo wenig, als der gegenwärtige Inhaber des unterpfändlich verſchriebenen Grundſtückes, das Gegentheil beweiſen könnte; da denn freylich unter ſolchen Umſtänden die ergangene öffentliche Ladung, und die unterlaſſene Meldung einem ſolchen Gläubiger an ſeinen zuſtändigen hypothecariſchen Rechten in alle Wege unnachtheilig bleiben müßte [r]). Eben daſſelbe, was von einer öffentlichen Ladung gilt, und der Satz, daß die auf ein Grundſtück haftenden Pfandrechte ſodann erlöſchen, wenn ein Gläubiger in dem angeſetzten Termin, da er gleichwohl gekonnt hätte, ſich damit nicht gemeldet, iſt beſonders auch auf den Fall anzuwenden, wenn ein ſolches Grundſtück, worauf hypothecariſch Schulden haften, ohne alle Anregung der Gläubiger in einem öffentlichen Aufgeboth verkaufet [s]), auch ſogar der Kauf-Schilling bereits bezahlet

r) *L. 6. C. de remiſſ. pign.* v. ſi eo tempore, quo praedium diſtrahebatur, programmate admoniti creditores, cum praeſentes eſſent, Ius ſuum executi non ſunt: poſſunt videri obligationem pignoris amiſiſſe. PVFFENDORF *Tom.* I. *Obſ.* 131. §. 2. 3. 4.

s) *L. 8. C. de remiſſ. pign.* v. Si hypothecas fiſco diſtrahente, creditores ſilentio tradiderunt negotium, palam eſt etiam actionem ſuam amiſiſſe eos, quam in rem habebant. Nam et fiſcalis haſtae fides facile conuelli non debet.

zahlet worden [t]). Auſſer den bisher angeführten Einſchränkungen ſtehet einem Gläubiger, der bloß das an einem Grundſtück ihm beſonders gebührende Pfandrecht verfolget, ſeine Wiſſenſchaft, die er zu rechter Zeit von der geſchehen ſollenden Veräuſſerung gehabt hat, nicht entgegen, wenn er gegen den jetzigen Beſitzer deſſelben hypothecariſch klaget. Der letztere kann ſich gegen eine ſolche Anſtellung ſodann nur mit der bereits vollendeten Verjährung ſchützen [u]), keinesweges aber in obrigkeitlicher, oder gar landesherrlicher Beſtätigung ſeines Kaufcontracts, oder in ſeinem bisher gedauerten ruhigen und ungeſtöhrten Beſitz eine Schutzwehre finden [x]).

So unbeſtritten und allgemein nun zwar der Grundſatz iſt, daß es einem Gläubiger an der Verfolgung ſeines Pfandrechts wenigſtens der Regel nach, nicht nachtheilig ſeyn könne, daß er die Veräuſſerung des ihm unterpfändlich verhafteten Grundſtücks, ohne Widerſpruch einzulegen, habe geſchehen laſſen, ſo zweifelhaft iſt gegentheils die Beantwortung der Frage: Ob ein Gläubiger diejenigen Sachen, die bloß zu ſeiner allgemeinen Hypothek gehören, zumal, wenn ſolche vielleicht

t) BERGER *in Oeconom. Iur. Lib.* 2. *Tit.* 5. *Th.* 16. *n.* 3.

u) *L.* 1. *C. ſi adu. credit.*

x) Die leſenswürdigen gemeinnützigen juriſtiſchen Beobachtungen und Rechtsfälle von den berühmten Verfaſſern der neueſten juriſtiſchen Litteratur. Zwoter Band *n.* 5.

wohl gar bewegliche Dinge wären, nach geſchehener Veräuſſerung noch als ſolche, die ihm unterpfändlich verhaftet ſind, anſehen, und bey einem jeden Beſitzer, bey dem ſie ſich annoch wirklich befinden, in Anſprache nehmen könne? Einige Rechtslehrer [y]) verneinen dieſe Frage ohne Einſchränkung, andere aber [z]) bejahen ſie der Regel nach [a]), und wenigſtens ſodann, wann der Haupt-Schuldner zuvor ausgeklaget worden [b]), und

y) MEV. *P.* 7: *Dec.* 195. *n.* 5. HOMMEL *Rhapſod. Quaeſt. Obſ.* 327.

z) CARPZOV. *P.* 2. *Conſt.* 23. *Def.* 12. FABER *ad Cod. Lib.* 8. *T.* 6. *Def.* 21. *n.* 3.

a) *L.* 26. *§.* 2. *de pign. et hyp.* v. Lucius Titius praedia et mancipia, quae in praediis erant, obligauit, heredes eius praediis inter ſe diuiſis illis mancipiis defunctis alia ſubſtituerunt. Creditor poſtea praedia cum mancipiis diſtraxit. Quaeritur, an ipſa mancipia, quae ſunt modo in praediis conſtituta, hoc eſt in hypothecis, emptor vindicare recte poſſit; Modeſtinus reſpondit, ſi neque pignorata ſunt ipſa mancipia, neque ex pignoratis ancillis nata, minime creditoribus obligata eſſe. *L.* 12. *C. de. diſtract. pign.* v. ſi debitor rem tibi iure pignoris obligatam te non conſentiente diſtraxit, dominium cum ſua cauſa tranſtulit ad emptorem. *L.* 15. *C. de pign.* v. debitorem neque vendentem, neque donantem, neque legantem, vel fideicommiſſum relinquentem poſſe deteriorem facere creditoris conditionem certiſſimum eſt. Vnde ſi tibi obligatam rem poſſe confidis, pignora perſequi debes.

b) *Nouella* 4. *cap.* 2.

und überdieß diejenigen beweglichen Sachen, die erweislich mit unter der allgemeinen Hypothek begriffen geweſen, annoch in natura wirklich vorhanden ſind. Dieſe letzteren Rechtslehrer wollen nur lediglich in Abſicht der Kramwaaren und anderer Sachen von geringem Werth, die entweder bey Lebzeiten des Schuldners, oder wenigſtens vor ausgebrochenem Concurs, mit dem Vorſatz, neue Waaren wieder an ihrer Stelle anzuſchaffen, einzeln verkaufet worden [c]), eine Einſchränkung gemacht wiſſen [d]). Denn, in ſoferne die Waaren nicht einzeln, ſondern vielmehr bey ganzen Quantitäten veräuſſert ſeyn ſollten, oder wohl gar der ganze Kramladen mit einmal verkaufet worden wäre, oder auch von ſolchen Waaren, die bey dem Tode des Erblaſſers noch vorräthig geweſen ſind, die Rede ſeyn mögte, will man, daß die Gläubiger das ihnen daran zuſtändige Pfandrecht, wenn ſolches gleich nur in einer allgemeinen Hypothek

c) *L. 34. pr. de pignor.* Cum tabernam debitor creditori pignori dederit, quaeſitum eſt, vtrum eo facto nihil egerit, an tabernae appellatione merces, quae in ea erant, obligaſſe videatur, et ſi eas merces per tempora diſtraxerit et alias comparauerit easque in eam tabernam intulerit, et deceſſerit, an omnia, quae ibi deprehenduntur, creditor hypothecaria actione petere poſſit, cum et mercium ſpecies mutatae ſint et res aliae illatae. Reſpondit ea, quae mortis tempore debitoris in taberna inuenta ſunt, pignori obligata eſſe videntur *add. L. 6. de pign.*

d) CARPZOV. *c. l. Def.* 13. NEGVSANT. *de pignor. membr.* 2. LEYSER *Spec.* 224. *n.* 6.

pothek gegründet wäre, verfolgen, und bey einem jeden Beſitzer, oder Inhaber geltend machen können [e]).

Ob nun zwar dieſe Sätze, ſintemal ſie den Geſetzen gemäß ſind, und durch den Gerichtsgebrauch beſtätiget werden [f]), keinem erheblichen Zweifel unterworfen ſind, ſo entſtehet gleichwohl noch beſonders die Frage: Ob die oben angeführten Geſetze, nach welchen einem Gläubiger ſeine gehabte Wiſſenſchaft von der Veräuſſerung des ihm insbeſondere zum Unterpfande verſchriebenen Grundſtücks bey dem Mangel einer erklärten ausdrücklichen Einwilligung, an ſeinen zuſtändigen Rechten keinen Nachtheil verurſache, auch ſodann in

e) Günderode in den Beyträgen zur Rechtsgelehrſamkeit und Münzwiſſenſchaft. Gießen 1773. *n.* 5. Von dem Verkauf der Waaren aus einem verhypothecirten Laden, behauptet, daß mit Vernichtung des Pfandrechts ſolche Waaren nicht allein einzeln, ſondern auch bey Quantitäten veräuſſert werden können, beſonders, wann der Schuldner den Vorſatz habe, neue Waaren an ihrer Stelle zu ſchaffen. Im Fall aber ein Krämer ſein Waarenlager entweder ganz, oder doch großtentheils verkaufen ſollte, ſo geſtehet Günderode dem hypothecariſchen Gläubiger die Eigenthumsklage zu. Nach ſeiner Meynung ſoll auch das Geld, das für einzelne Waaren gelöſet und nicht wieder verbraucht worden, ſodann die Natur der verpfändeten Waaren behalten und in ſolcher Maaße ebenfalls von dem hypothecariſchen Gläubiger in Anſprache genommen werden können.

f) CARPZOV. und HOMMEL *cc. ll.*

in Anwendung kommen können, wenn nicht ſowohl das einem andern namentlich und beſonders verpfändete Grundſtück, als vielmehr lediglich eine gewiſſe Sache, die mit zu der verſchriebenen allgemeinen Hypothek gehöret hat, veräuſſert ſeyn ſollte? Da nun die Geſetze einen ſolchen Fall nicht beſtimmt entſcheiden; vielmehr diejenigen geſetzlichen Vorſchriften, nach welchen die gehabte Wiſſenſchaft von der vorhabenden Veräuſſerung dem Gläubiger nicht nachtheilig ſeyn ſoll, allem Anſehen nach nur von der Uebergabe des Eigenthums in Anſehung ſolcher Grundſtücke und Sachen, die einem beſonders zum Unterpfande geſetzet worden, zu erklären ſind; ſo kann auch, meinem wenigen Ermeſſen nach, derjenige Gläubiger, welcher die Veräuſſerung dieſer, oder jener zu ſeiner allgemeinen Hypothek gehörigen Sachen, ob er gleich davon zu rechter Zeit genugſame Wiſſenſchaft gehabt hatte, ohne Einlegung eines Widerſpruchs geruhig geſchehen laſſen, ſolche Sachen nun nicht ferner als diejenigen, die ihm unterpfändlich mit verhaftet ſind, anſehen, oder verfolgen, es wäre dann, daß derſelbe vor geſchehener Veräuſſerung ſich darüber beſonders erkläret hätte, daß er aus dieſer, oder jener Sache, die beweislich zu ſeiner allgemeinen Hypothek gehöret, ſeine Bezahlung oder Befriedigung allein wahrnehmen wolle [g]). Es iſt inzwiſchen eine ſolche Erklärung billig für geſchehen anzunehmen, wenn ein Gläubiger ſich in dem Termin, welcher zur

g) MEV. *P.* 7. *Dec.* 107.

Liquidation der auf ein gewiſſes Grundſtück haftenden hypothecariſchen Schulden angeſetzet war, gemeldet, und ſich als einen hypothecariſchen Gläubiger, dem jenes wenigſtens im Allgemeinen mit verpfändet war, angegeben hat. Da nun bekanntermaßen bey der Veräuſſerung unbeweglicher Sachen öffentliche Proclamata gewöhnlich erlaſſen werden h); ſo kann es auch einem Gläubiger an ſeinem Rechte nicht ſchaden, daß er vielleicht nicht ſofort bey Schlieſſung des Contracts widerſprochen, ſondern allererſt die Erlaſſung öffentlicher Ladung abgewartet habe. Auſſer dieſem Fall aber, und wenn nicht ſowohl von Grundſtücken, als vielmehr von beweglichen Sachen, die Rede ſeyn ſollte, behält es der Regel nach dabey das Bewenden, das ein Gläubiger dieſelben aus dem Grunde, weil ſie ihm im allgemeinen mit verpfändet worden, nach wirklich erfolgter Veräuſſerung und Zuſchlagung nicht ferner in Anſprache nehmen könne i), wenn anders ſeine davon zu rechter Zeit gehabte Wiſſenſchaft rechtlicher Art nach zu beweiſen ſtehet. Da inzwiſchen die angebliche vorgängige Wiſſenſchaft von der vorgehabten Uebertragung des Eigenthums auf einen andern eine Thatſache iſt, die von demjenigen, der ſich darauf zur Begründung ſeiner Abſicht berufet, bewieſen werden muß, ſo verſtehet es ſich von ſelbſt, daß der Schuldner, oder Inhaber der

zu

h) MANTZEL *in Iur. Meckl. et Lubec. illuſtrat. Cent.* 5. *Iud.* 5.

i) MEV. *P.* 7. *Dec.* 192. *n.* 5.

zu eines andern allgemeinen Hypothek gehörigen Sache des letzteren vor der Veräuſſerung gehabte Wiſſenſchaft im Läugnungsfall beweiſen müſſe. Wie nun jener, in Ermangelung anderer Beweisthümer, ſich der Eydesdelation bedienen kann, ſo iſt auch im übrigen die vor geſchehener Veräuſſerung wirklich gehabte Wiſſenſchaft billig für hinreichend bewieſen anzunehmen, wenn entweder eine öffentliche Ladung ergangen, und der Gläubiger, ob er gleich gegenwärtig geweſen, ſich nicht gemeldet hat [k]), oder auch die Veräuſſerung, entweder in einem öffentlichen Ausgeboth, oder wenigſtens dergeſtalt geſchehen wäre, daß ſie nicht füglich einem ſolchen, der an dem Orte gegenwärtig geweſen iſt, verborgen bleiben können [l]). Unter ſolchen Umſtänden würden ſogar die beſonderen Pfandrechte an einer gewiſſen Sache, die veräuſſert worden, erlöſchen müſſen, indem ſodann zum wenigſten an einer ſtillſchweigenden Einwilligung des Gläubigers, die zur Erlöſchung eines Pfandrechts genüget, nicht zu zweifeln ſeyn würde [m]).

k) *L.* 6. und 8. *C. de remiſſ. pign.*

l) *L.* 8. *C. de remiſſ. pign.* BERGER *c. l.*

m) VOETIVS *in Comment. ad Pandectas Lib.* 20. *Tit.* 6. §. 6.

XXIII.

Ob derjenige, der ohne ſein Verſchulden verwundet, oder geſchlagen worden, unter dem Namen des Schmerzgeldes eine Vergütung zu fodern berechtiget ſey?

Es gehöret freylich zu den durch ausdrückliche Geſetze entſchiedenen Rechtswahrheiten, daß ein ſolcher, der ohne alle gegebene Veranlaſſung geſchlagen, oder verwundet worden, berechtiget ſey, von demjenigen, der ihn geſchlagen, oder verwundet hat, nicht allein die Wiedererſetzung derjenigen Koſten, die ſeine Heilung, Wartung und Verpflegung erfordert hat, zu begehren, ſondern auch insbeſondere auf eine Schadloshaltung wegen des durch die geſchehene Verwundung verſäumten Verdienſtes, und wegen der Unfähigkeit, künftig ſich den Unterhalt auf gewöhnliche Art zu verſchaffen, anzutragen [a]). Allein, ſo ausgemacht und unbeſtritten auch diese Sätze ſind, ſo wenig

a) *L.* 3. *D. ſi quadrupes pauper. feciſſ. dicatur* §. 10. *Inſt. ad L. Aquil.* §. 1. *Inſt. de obl. quae ex delict. L. un. C. de ſentent. quae pro eo quod intereſt profer. L. fin. D. de his qui effud. vel deiec.* LEYSER *Spec.* 112. *n.* 3. CARPZOV. *Pr. rer. crim. q.* 99. *n.* 21. Eiſenhart in dem 9ten Theil der Rechtshändel *n.* 10.

wenig ſcheinet es doch dem erſten Anſchein nach, den Rechten und der Billigkeit gemäß zu ſeyn, daß auch der ohne ſeine Schuld Verwundete, zumal, wenn er die beſchriebene Art der Genugthuung erhalten hat, noch überdieß eine Vergütung unter dem Titel des Schmerzgeldes begehren könne. Denn, wenn gleich einem Verwundeten nach altem Sächſiſchen Recht frey ſtand, ſeine Lähmniß, oder Wunden in einen gewiſſen Anſchlag zu bringen, und deshalb von ſeinem Beleidiger eine Vergütung zu begehren [b]), ſo gewinnet es gleichwohl das Anſehen, daß darauf heutiges Tages um ſo weniger Bezug genommen werden könne, als die alten Sächſiſchen Rechte in Deutſchland keine allgemeine verbindliche Kraft haben, der Grund der in demſelben enthaltenen Vorſchriften, was die Glieder-Taxe anbetrift, wegfällt und überdieß verſchiedene Stellen im Römiſchen Recht der Bezahlung des Schmerzgeldes völlig zuwider zu ſeyn ſcheinen [c]). Denn, nach dem letzteren ſtehet es einem freyen Menſchen, bey dem bekanntlich alle Aeſtimation wegfällt, nicht einmal frey, ſeine durch die zugefügte Verwundung geſchehene Verunſtaltung, oder den Schaden, den er durch die zugefügten Narben erlitten hat, in Anrechnung zu bringen.

b) CARPZOV. *c. l. q. 99. n. 7.*

c) HOMMEL *de proaedria leg. peregrinar. prae Iur. patr. antiq. in for. Germanor.* CRAMER *de praeſumt. contra Iura antiqua Germanorum.*

gen [d]). Dieſe Vorſchrift der Römiſchen Rechte ſcheinet auch um ſo mehr allen Beyfall zu verdienen, als es dem Anſehen nach ſchon an ſich thöricht iſt, ſeine Schmerzen auf einen gewiſſen Preis ſezzen, und deſſen Bezahlung verlangen zu wollen. Allein, ſo ſcheinbar auch dieſe Zweifel dem erſten Anſehen nach ſind, ſo gewiß iſt es doch, daß der Gerichtsgebrauch, in Beyſtimmung der alten deutſchen Gewohnheiten, darauf gleichwohl vielen Betracht nehme [e]). Zu deſſen Begründung pfleget man ſich ſowohl auf andere Stellen des Römiſchen Rechts,

d) *L. vlt. de his qui eſſud. vel. deiec.* v. cum liberi hominis corpus ex eo, quod deiectum effuſumque quid erit, laeſum fuerit, Iudex computat mercedes medicis praeſtitas, caeteraque impendia, quae in curatione facta ſunt: praeterea operarum, quibus caruit, aut cariturus eſt ob id, quod inutilis factus eſt. *Cicatricium autem, aut deformitatis nulla ſit aeſtimatio: quia liberum corpus nullam recipit aeſtimationem. L.* 3. *ſi quadrupes pauper. feciſſe dicatur* v. Ex hac lege, iam non dubitatur, etiam liberarum perſonarum nomine agi poſſe; forte ſi patrem familias, aut filium familias vulnerauit quadrupes ſc. vt non deformitatis ratio habeatur, cum liberum corpus aeſtimationem non recipiat, ſed impenſarum in curationem factarum: et operarum amiſſarum, quasque amiſſurus quis eſſet, inutilis factus.

e) CARPZOV. *c. l. n.* 43. STRYCK *in Vſu Modern. Tit. de leg. Aquil.* §. 10. STRVV *in Iurispr. forenſ. Lib.* 3. *Tit.* 23. §. 20. VOETIVS *Comm. ad Pandect. Tit. ad L. Aquil.* §. 11. *de* BOEHMER *ad* CARPZOV. *q.* 99. *Obſ.* 1.

Rechts f), als auch auf ausdrückliche Vorſchriften der peinlichen Gerichts-Ordnung g), zu berufen h). Ob nun zwar die peinliche Gerichts-Ordnung i) bey der Zulaſſung des Schmerzgeldes ſich beſonders nur auf einen ſolchen, der unſchuldiger, oder ungebührlicher Weiſe gemartert worden, beziehet, ſo behaupten dennoch die angezogenen Rechtslehrer, daß wegen der Gleichheit des Grundes, auch einerley Regeln ſtatt finden müſſen, und daß folglich die Vorſchrift der peinlichen Gerichtsordnung von der Bezahlung des Schmerzgeldes

f) §. 9. und 10. *Inſt. de iniur.*

g) Art. 20. P. G. O.

h) Meiſter in den rechtlichen Erkenntniſſen in peinl. Fällen *Dec.* 30. *n.* 22. PUFFENDORF *Tom.* 4. *Obſ.* 51.

i) Art. 20. P. G. O. „Item wo nit zuvor redlich „Anzeygung der Mißthat, darnach man fragen „wolt, vorhanden, und beweißt würde, ſoll nie„mants gefraget werden, nun ob auch gleichwol, „aus der Marter die Mißthat bekannt würde, ſo „ſoll doch der nit geglaubt, noch jemandts darauff „verurtheylt werden. Wo auch eynige Oberkeyt oder „Richter ein ſollichen überfürn, ſollen die, dem ſo „alſo wider Recht, ohn die bewiſen Anzeygung ge„martert wer, ſeiner Schmach, Schmertzen, „Koſten und Schäden der Gebür Ergetzung „zu thun ſchuldig ſeyn. Es ſoll auch keyn Ober„keyt oder Richter in dieſem Fall, keyn Urphede „helfen ſchützen oder ſchirmen, das der gepeinigt „ſein Schmach, Schmertzen, Koſten und „Schäden, mit Recht, doch alle thätliche „Handlung ausgeſchloſſen, wie Recht, nit „ſuchen möge.“

geldes auf einen jeden Fall, da jemand unſchuldiger Weiſe geſchlagen, oder verwundet worden, zu ziehen ſey [k]). So wenig nun auch auf der einen Seite dieſer Gerichtsgebrauch erhebliche Einwürfe zuläßt, indem er ſich auf geſetzlichen Beſtätigungen gründet, ſo hat es doch auf der andern Seite keinen Zweifel, daß die zum Beweiſe des Gegentheils gewöhnlich angeführet werdende Römiſche Geſetze nicht füglich in dieſer Abſicht angezogen werden können. Denn, wenn es gleich nach dem Römiſchen Recht für eine völlig entſchiedene, oder ausgemachte Rechtswahrheit zu halten iſt, daß auf eine Schadenserſetzung, die man vermeyntlich durch die Zufügung der Narben und daher entſtandene Verunſtaltung [l]) erlitten hat, rechtlich nicht angetragen werden könne,

k) STRYCK, PUFFENDORF, BOEHMER *ad* CARPZOV., MEISTER *cc. ll.*

l) Nach dem Gerichtsgebrauch pfleget man inzwiſchen, bewandten Umſtänden nach, einem Verwundeten auch eine Vergütung wegen der erhaltenen Narben, und ſolchergeſtalt erlittenen Verunſtaltung zuzuſprechen, und dabey eben nicht unter den Geſchlechtern zu unterſcheiden. SCHILTER *Ex.* 19. §. 36. SIMON *von* LEUWEN *Cenſ. forenſ. Lib.* 5. *n.* 18. BOEHMER *ad* CARPZOV. *q.* 99. *Obſ.* 1. Andere pflegen inzwiſchen dabey auf die Beybringung näherer Beweiſe, daß die erlittenen Narben dieſen oder jenen Nachtheil dem Verwundeten wirklich verurſachet haben, zu beſtehen, ſ. **Grundſätze des deutſchen peinlichen Rechts Dritte Auflage.** §. 337.

ne m), ſo kann gleichwohl daher kein Grund zur Widerlegung des nach dem heutigen Gerichtsgebrauch, bewandten Umſtänden nach, zu bezahlenden Schmerzengeldes hergenommen werden, zumal das Römiſche Recht an andern Stellen ſogar einem jeden Beleidigten unbedingt und ohne Einſchränkung erlaubet, ſeine Genugthuung, die er wegen der erlittenen Injurie zu fodern hat, auf einen gewiſſen Geldpreis ſetzen, und auf deſſen Auszahlung antragen zu können n). Daß wenigſtens die Bezahlung des Schmerzgeldes dem Römiſchen Recht nicht gänzlich zuwider, vielmehr gemäß ſey, bezeugen dadurch die größten neueren Rechtslehrer o), daß ſie ſich ſogar bey der Rechtfertigung des nach dem Gerichtsgebrauch zu bezahlenden Schmerzgeldes, auſſer der peinlichen Gerichts-Ordnung, auch auf Stellen aus dem Römiſchen Recht p) zu berufen pflegen.

Vermöge der bisher mit mehrerem ausgeführten Gründe, und in Beſtimmung älterer und neuerer

m) *L. vlt. de his qui effud. vel deiec. L.* 3. *ſi quadrupes pauper. feciſſ. dicatur. L.* 7. *pr. D. ad L. Aquil.*

n) §. 7. und 10. *Inſt. de iniur.*

o) Meiſter a. O.

p) §. 9. 10. *Inſt. de iniur.* v. in ſumma ſciendum eſt, de omni iniuria eum, qui paſſus eſt, poſſe vel criminaliter agere, vel ciuiliter. Et ſi quidem ciuiliter agitur, aeſtimatione facta ſecundum quod dictum eſt, poena reo imponitur. Sin autem criminaliter officio iudicis extraordinaria poena reo irrogatur.

rer Rechtslehrer, bin ich daher bewogen worden, meine vormalige Meynung von der Bezahlung des Schmerzgeldes, daß ſelbiges beſonders nur ſodann zu entrichten, wenn dem Verwundeten wegen ſeines verſäumten Verdienſtes, oder wegen ſeiner unterbrochenen Arbeit keine Vergütung zugeſprochen wird [q]), dahin zu verändern und zu verbeſſern, daß ich jetzo dem allgemeinen Gerichtsgebrauch in Deutſchland, nach welchem einem jeden ohne ſeine Veranlaſſung Verwundeten das Schmerzgeld, bewandten Umſtänden nach, ohne alle Einſchränkung gebühret, ebenfalls beyſtimme [r]). So gegründet inzwiſchen der Antrag auf die Bezahlung des Schmerzgeldes an ſich iſt [s]), ſo wenig kann doch derjenige, der zu dem Streit, oder der Schlägerey die erſte und hauptſächlichſte Veranlaſſung gegeben hat, ſolches verlangen [t]). Wäre nicht mit Gewißheit auszumachen, wer eigentlich zu dem vorgeweſenen Streit die vornehmſte Veranlaſſung gegeben habe, hätte inzwiſchen gleichwohl dieſes, daß die Schläge von der einen Seite viel heftiger als von der andern Seite geweſen wären, jene auch eine weit ſchlimmere Wirkung hervorgebracht hätten, ſeine ausgemachte Richtig-

q) Grundſätze des deutſchen peinlichen Rechts Ausgabe von 1770. §. 259.

r) Die eben angezogenen Grundſätze in den Ausgaben von 1776 und 1783. §. 337.

s) BOEHMER und PUFENDORF *cc. ll.* Meiſter a. O.

t) *Arg. L.* 13. *pr. ad L. Aquil.* CARPZOV. *q.* 161. *n.* 53.

Richtigkeit, ſo pfleget zwar auf die Erſetzung des Arztlohns [u]), nicht aber auf Schmerzgeld, und anderweitige Genugthuungen, erkannt zu werden [x]).

Die eigentliche Größe des zu bezahlenden Schmerzgeldes und deren Beſtimmung bleibet, da die Geſetze hievon nichts verfügen, lediglich dem richterlichen Ermeſſen vorbehalten. Wie, bewandten Umſtänden nach, um den Grad der Schmerzen, und die deshalb zuzubilligende Vergütung richtiger beurtheilen und feſtſetzen zu können, zuweilen das Gutachten des Arztes, oder Wundarztes, dem die Kur des Verwundeten anvertrauet geweſen, eingeholet zu werden pfleget, ſo kann gegentheils der Verwundete zur eydlichen Schätzung ſeiner Schmerzen, oder zu einem deshalb abzuleiſtenden Iuramento in litem niemal, und unter keinen Umſtänden zugelaſſen werden [y]).

u) PUFENDORF *Tom.* 4. *Obſ.* 52.
x) LEYSER *Spec.* 543. *n.* 6. Struben in dem 4ten Theil der rechtl. Bedenken *n.* 43.
y) BERGER *in Oeconom. Iur. Lib.* 4. *Tit.* 25. *Th.* 3.

XXIV.

Von eydlich geſchehenen Verſprechen und Verzichtleiſtungen der Minderjährigen.

So wenig gleich nach dem Römiſchen Recht [a]) der Eyd überhaupt betrachtet eine rechtsbeſtändige Verbindlichkeit hervorbringet, in ſoferne die Handlung, oder das Geſchäfte ſelbſt, worauf er ſich beziehet, nicht ſchon an und für ſich gültig iſt, ſo ſtimmet dennoch hierin das Canoniſche Recht, das, ſo viel beſonders die Verbindlichkeit, aus den Eydesleiſtungen anlanget, bey den Proteſtanten allenthalben angenommen iſt [b]), mit dem Römiſchen Recht nicht überein. Denn, nicht allein entſtehet nach jenem aus einem eydlichen Verſprechen eine verſchiedene, und zugleich ſtärkere Verbindlichkeit, als vorhin da geweſen, ſondern es muß auch insbeſondere ein jedes eydlich beſtätigtes Verſprechen, mit deſſen Erfüllung nicht der Verluſt der ewigen Seligkeit unzertrennlich verbunden iſt, genau und pünctlich erfüllet werden [c]), in ſoferne anders der Eyd mit genugſamer Ueber=

a) *L.* 5. *C. de LL.* VOET. *Comm. ad Pandect. Lib.* 4. *Tit.* 4. §. 46. MEV. *P.* 1. *Dec.* 147. *n.* 1.

b) BOEHMER *in Iur. Eccl. Proteſt. Lib.* 2. *Tit.* 24. §. 23.

c) *c.* 2. und 28. X. *de iureiur. c.* 2. *de pact. in* 6.

Ueberlegung würklich abgeleiſtet worden, einem dritten unnachtheilig iſt, und ſich im übrigen ſo wenig auf Furcht, Zwang und Gewalt, als Betrug und Hinterliſt gegründet hat, folglich nicht als ein vinculum iniquitatis angeſehen werden kann [d]). Vermöge dieſer Grundſätze iſt daher derjenige, der mittelſt Eydes etwas verſprochen, oder ſich zu dieſem, oder jenem verbindlich gemacht hat, mit ſeinen etwanigen Einwendungen dawider der Regel nach nicht zu hören, und zwar ohne Unterſchied, ob das Geſchäft, worauf ſich der Eyd beziehet, ſchon ohne Eydesleiſtung gültig, oder ungültig geweſen ſey [e]).

Dasjenige, was das Canoniſche Recht von der Verbindlichkeit der eydlichen Verſprechen im allgemeinen vorſchreibet, iſt beſonders von dem Kaiſer Friederich in Abſicht auf die Minderjährigen ausdrücklich beſtätiget worden. Dieſe ſollen nämlich nach ſeiner Vorſchrift aus ihrem Verſprechen, deſſen Erfüllung ſie eydlich angelobet haben, mit Verwerfung aller etwanigen Ausreden, ſchlechterdings gehalten ſeyn, im Fall ſie anders jenes Verſprechen mit genugſamer Ueberlegung und ohne zu deſſen Erfüllung durch Zwang, oder Furcht, oder ſonſt betrüglicher Weiſe gebracht

d) *c.* 22. *C.* XXII. *q.* 4. *c.* 8. 17. 25. X. *de iureiur.*

e) LUDOVICI *Diſſ. de genuin. intellect. brocard. vulgar.* : *omne iuramentum ſeruandum quod ſalua ſalute aeterna ſeruari poteſt.*

bracht zu ſeyn, geleiſtet haben f). In Gemäßheit dieſer ausdrücklichen geſetzlichen Vorſchriften iſt daher ein Minderjähriger, der ſich zur Erfüllung eines Verſprechens mittelſt Eydſchwurs freywillig verbindlich gemacht hat, mit ſeinen Einwendungen dawider nicht zu hören, und es kann ihm deshalb keine Wiedereinſetzung in vorigen Stand angedeyen g), wenn gleich die Verletzung auſſer Streit geſetzet ſeyn ſollte, im übrigen aber kein Betrug des Gegentheils erfindlich wäre h). Die mehreſten Rechtslehrer kommen darin mit einander überein, daß ein Minderjähriger, der etwas zu erfüllen eydlich verſprochen, oder ſich auch gewiſſer Rechts-Wohlthaten eydlich begeben hat, nicht bloß als ein Minderjähriger, ſondern vielmehr als ein Volljähriger, angeſehen i), folglich es billig für einerley geachtet werden müſſe, ob das Geſchäft, worauf ſich das eydliche Verſprechen, oder der eydliche Verzicht beziehet, nach dem bürgerlichen Recht gültig und verbindlich

f) *Auth. Sacramenta puberum C. ſi adu. vendit.* v. Sacramenta puberum ſponte facta ſuper contractibus rerum ſuarum non retractandis, inviolabiliter cuſtodiantur. Per vim autem, vel per iuſtum metum extorta etiam a majoribus nullius eſſe momenti iubemus.

g) BRVNNEMANN *in Comm. ad Pandect. Lib.* 2. *Tit.* 28. *n.* 9.

h) GAIL *Lib.* 2. *Obſ.* 41. *n.* 11. VOET. *c. l.* §. 46. 47.

i) COTHMANN *Reſp.* 18. *n.* 158. MANTZEL *de eo qui eſt maiorennis et minorennis ſimul.*

bindlich ſey, oder nicht [k])? ob der Minderjährige das eydliche Verſprechen mit Vorwiſſen und Einwilligung ſeines Curators gethan habe, oder nicht [l])? ob die Rede von ſolchen Geſchäften, wozu ſonſt obrigkeitliche Beſtätigung erfordert wird, oder von andern, ſey [m])? Es iſt auch an der Richtigkeit dieſer Sätze um ſo weniger zu zweifeln, weil der Kaiſer Friederich, als der Urheber der Authenticae: ſacramenta puberum, bey einem vorgefallenen Rechtsſtreit zwiſchen zwey damals berühmten Rechtsgelehrten, dem Bulgaro und Martino, über den eigentlichen Sinn des *L.* I. *C. ſi adu. vendit.* die Meynung des letzteren, nach welcher zur Vermeidung des Meineydes der Einwand, daß der Contract, oder das Geſchäft gleichwohl an ſich betrachtet ungültig geweſen ſey, ſodann, wann dennoch der Minderjährige die Erfüllung mittelſt körperlichen Eydes verſprochen hätte, in gar keinen Betracht kommen ſolle, angenommen, und dieſelbe in der Authentica: ſacramenta puberum, ausdrücklich beſtätiget hat. Wann es nun nach dem Zeugniß der angeſehen-

Aa 3 ſten

k) BACHOV *ad* TREVTLER. *Diſp.* II. *Th.* 9. *lit. c.* BRVNNEMANN *c. l. n.* 7.

l) CARPZOV. *P.* 2. *Conſt.* XI. *Def.* 50. und *P.* I. *Conſt.* XXXVI. *Def.* I. LEYSER *Spec.* 345. *Coroll.* LVDOVICI *c. l.* §. 28. BRVNNEMANN *ad dict. Auth. n.* 6. 7. BERGER *in Oeconom. Iur. Lib.* 3. *Tit.* 15. *n.* 8. STRVV. *Ex.* 8. *Th.* 54. MENCKEN *Ius Controu. Th. pract. Dec.* 4. *Th.* 3.

m) VOET. *c. l.* §. 47.

ſten Rechtslehrer [n]) keinem Zweifel unterworfen iſt, daß die bemeldete Authentica die angezogene Veranlaſſung wirklich gehabt habe, und daß folglich nach dem Willen des Geſetzgebers, ohne beſonders das Geſchäft, wozu der Eyd gekommen, und ohne den Umſtand, ob jenes an und für ſich gültig, oder ungültig geweſen ſey, in Betracht zu ziehen, wider ſolche Verſprechen, oder Verzichte, die mittelſt Eydes beſtätiget worden, keine Einwendungen weiter ſtatt finden ſollen; ſo zerfallen von ſelbſt die Einwürfe der Gegner, die ſie ſowohl vermöge der Worte, als des ganzen Zuſammenhanges der Authenticae: ſacramenta puberum, zu rechtfertigen ſuchen. Dieſe letztere wollen nämlich, daß die oft bemeldete Authentica lediglich und allein ſolche an ſich und nach den bürgerlichen Recht gültige Geſchäfte, die von dem Minderjährigen mit Zuziehung und Einwilligung ſeines Curators geſchloſſen worden, und die ſolchergeſtalt als eigentliche contractus non retractandi angeſehen werden können, zum vorausſetze, und daß ſodann wegen der hinzugekommen eydlichen Beſtätigung die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand, die ſonſt nach bewieſener Läſion allerdings ſtatt gefunden haben würde [o]), nun nicht weiter zur Anwendung kommen könne. Im Gegentheil wollen die Vertheidiger dieſer Meynung, daß die von Minderjährigen ohne Vorwiſſen und Einwilligung ihres Curators gethanene Verſprechen und Ver-

n) BOEHMER *in Iur. Eccl: Proteſt. Lib.* 2. *Tit.* 24. §. 23. WERNHER *Tom.* 3. *P.* 1. *Obſ.* 26.

o) MEV. *P.* 2. *Dec.* [illegible]4. *n.* 8.

Verzichte, nach der Vorſchrift der gemeinen bürgerlichen Rechte [p]) ungültig seyn und bleiben müſſen, ohne Unterſcheid, ob ſie mittelſt Endes beſtätiget wären, oder nicht [q]). Allein, nicht ohne Grund erwidern dagegen andere, daß eine ſolche Erklärung dem eigentlichen Sinn der Authenticae völlig zuwider ſey, weil ſolchergeſtalt und wenn der Kaiſer darin ein nach dem bürgerlichen Recht gültiges Geſchäft, oder Verſprechen zum voraus geſetzet, und der eydlichen Beſtärkung nur

 lediglich

p) *L. 5. §. 1. L. 9. pr.* und §. 1. 2. *ff. de auctoritat. et conſ. tut. et curat.* §. 2. *Inſt. quib. alienare licet.*

q) BERGER *Diſſ. Iur. ſelect. Diſſ.* 14. *de renuntiat. Iur.* §. 7. *n.* 2. KNORR *de filio familias cambiente* §. 3. *n.* 15. v. vulgo quidem regulam tradunt interpretes, iusiurandum ex minore facit maiorem. Aſt hanc regulam minime probare poſſumus, quum minor cum aliquo neglecto curatoris conſenſu contraxerit — — *In hac Authentica non de omnibus contractibus minorum iuramento firmatis ſermo eſt, ſed agitur ſaltim de contractibus minorum non retractandis. Procul dubio igitur caſus ſupponitur, vbi minor cum conſenſu curatoris contractum celebraverat, eumque iureiurando confirmauerat. Iam reſtitutio in integrum excluditur.* Nam ex regula valet eiusmodi contractus a minore cum curatoris conſenſu initus, ſi vel maxime nullum iuramentum acceſſerit, ſed ob laeſionem contingentem poſtea minor in integrum reſtituitur. Quae reſtitutio autem ipſi denegatur, quum ſuper contractu rerum ſuarum non retractando, id eſt cum curatoris conſenſu celebrato, ſponte juramentum praeſtiterit.

lediglich die Wirkung, daß deshalb die Wiedereinſetzung im vorigen Stand nicht weiter anwendlich werde, beygeleget hätte, er ſodann eigentlich nichts beſonderes, welches gleichwohl der Regel nach von einem Geſetzgeber billig zu vermuthen ſey, verordnet haben würde [r]).

Andere Rechtslehrer [s]) vertheidigen zwar ebenfalls die angezogene Erklärung der Authenticae, und wollen dieſelbe nur von einem an ſich gültigen Geſchäfte verſtanden wiſſen, ſie behaupten aber dem ohngeachtet, daß ein Minderjähriger, ohne auf die Vorſchrift der Authenticae Betracht zu nehmen, vermöge der Grundſätze des Canoniſchen Rechts [t]) aus ſeinem eydlich gethanen Verſprechen und Verzichten ſchlechterdings gehalten ſey, in ſoferne anders der Eyd ſelbſt nach dem eigentlichen Sinn des Canoniſchen Rechts als verbindlich, oder rechtsbeſtändig angeſehen werden könne. Wann nun, angezogenermaßen, die angeführten beſonderen Meynungen von der wahren Abſicht der Authenticae: ſacramenta puberum, dem Willen des Geſetzgebers in keine Wege gemäß

r) BOEHMER *c. l.* v. proinde minus probabile eſt, dictam authenticam tantum loqui de negotio valido et excluſione beneficii reſtitutionis in integrum, cum ita nihil noui imperator conſtituiſſet, id quod tamen eius intentioni omnino conforme fuiſſe, relatae circumſtantiae hiſtoricae demonſtrant.

s) PERETZ *Praelect. ad Cod. Lib.* 2. *Tit.* 28. *n.* 6. und 7.

t) *c.* 28. X. *de iureiur. c.* 2. *de pact. in* 6.

mäß ſind, vielmehr nach einer richtigen Erklärung ſowohl, als nach dem Canoniſchen Recht es keinem Zweifel unterworfen iſt, daß in Ermangelung beſonderer Landesgeſetze, die eydlichen Verſprechen und Verzichte der Minderjährigen, ohne auf die Gültigkeit, oder Ungültigkeit des Geſchäfts, worauf ſich jene beziehen, nach dem bürgerlichen Recht Betracht zu nehmen, verbindlich ſind, und dawider keine Wiedereinſetzung im vorigen Stand ſtatt finden kann, in ſoferne anders das eydlich gethane Verſprechen, oder der eydliche Verzicht ohne Furcht, Zwang und Gewalt, oder Betrug und hinterliſtige Ueberredung geleiſtet worden [u]), mithin ſchon nach dem natürlichen Rechte verbindlich iſt, ſo ſind nun noch einige wenige Einſchränkungen, die dieſe Grundſätze gleichwohl in der Anwendung zulaſſen, in der Kürze zu bemerken.

Hieher gehöret zuvörderſt, daß nicht ein jedes eydliche Verſprechen, oder eine jede eydliche Verzichtleiſtung eines Minderjährigen, mit, oder ohne Einwilligung ſeines Curators, für verbindlich zu halten, ſondern nur eine ſolche, die mittelſt körperlichen Eydes geſchehen. Denn,

u) WERNHER *P.* I. *Obſ.* 217. Daß inzwiſchen die eydlich ausgeſtellten Wechſel der Minderjährigen bey dem Mangel der Einwilligung des Curators keine verbindliche Kraft haben, behaupten HEINECCIUS *in Element. Iur. Camb.* c. 5. §. 4. *not.* Beck im Wechſel-Recht c. 1. §. 30.

da in L. 1. C. ſi adu. vendit. [x]) zur Unſtatthaftigkeit der Wiedereinſetzung im vorigen Stande ausdrücklich erfodert wird, daß der Minderjährige ſich durch einen feyerlichen und leiblichen Eyd verbindlich gemacht habe, dieſe Vorſchrift aber in der Authentica: ſacramenta puberum, nicht aufgehoben, oder abgeändert worden iſt, ſo kann es auch zur Gültigkeit des von einem Minderjährigen gethanen Verſprechens, oder Verzichts in keine Wege genügen, daß derſelbe ſich bloß harter Betheurungen bedienet, oder auch in der ausgeſtellten Handſchrift gewiſſe juratoriſche Klauſeln einflieſſen laſſen, oder auch zwar die bey Eydesleiſtungen gewöhnlichen Ausdrücke, ſo wahr mir Gott helfen ſoll ꝛc. gebrauchet, inzwiſchen ſolches nur ſchriftlich gethan habe [y]). Dieſe Grundſätze verdienen um ſo mehr allen Beyfall, als nach der Vorſchrift eines andern Geſetzes demjenigen Minderjährigen, der ſich für einen Großjährigen ausgegeben, und ſolches ſogar in einem beſonderen Inſtrument bezeuget hatte, die Wiedereinſetzung im vorigen Stand angedeyen, demjenigen aber, der mittelſt leiblichen Eydes von ſich

x) Si minor annis viginti quinque emptori praedii cauiſti, nullam de caetero te eſſe controuerſiam facturum, idque etiam *iureiurando corporaliter praeſtito* ſeruare confirmaſti; neque perfidiae neque periurii me auctorem tibi futurum ſperare debuiſti.

y) Die gegenſeitige Meynung vertheidiget, wiewohl ohne genugſamen Grund, BERGER *in Oeconom. Iur. c. l.*

ſich bezeuget hatte, daß er großjährig ſey, verſaget werden ſolle z). Der Unterſchied unter einer mittelſt leiblichen Eydes gethanen Verſicherung und einer ſolchen, die zwar eydlich, allein nur ſchriftlich geleiſtet worden, iſt daher von ſelbſt einleuchtend, weil die Leiſtung eines leiblichen Eydes eine weit gröſſere vorgängige Ueberlegung zum voraus ſetzet und eine darunter gethane Verſicherung mehrere Glaubwürdigkeit verſchaffet, als die bloße unter eydlichen Klauſeln geſchehene Unterſchrift eines Inſtruments. Es iſt auch an und für ſich viel leichter einen Minderjährigen, zumal, wenn er von einem ſanguiniſchen Temperament iſt, zu einer eydlichen Unterſchrift zu bringen, als ihn dahin zu bewegen, daß er mittelſt leiblichen, oder feyerlichen Eydes etwas verſpreche, oder auf dieſe und jene Rechtswohlthaten Verzicht thue. Dieſe dem wahren Sinn der Geſetze vollkommen angemeſſene Meynung hat um ſo mehr für ſich, als der Satz, daß bey Minderjährigen der Eyd eine neue und verſchiedene verbindliche Kraft hervorbringe, billig als ein Ius ſingulare, das daher ſtrictiſ-

z) *L. 3. C. ſi min. ſe mai. dix.* worin es unter andern heißt: ſi tamen in inſtrumento per ſacramenti religionem, maiorem te eſſe adſeueraſti, non ignorare debes, excluſum tibi eſſe in integrum reſtitutionis beneficium, niſi palam et euidenter ex inſtrumentorum probatione, non per teſtium depoſitiones te fuiſſe minorem oſtenderis. Huiu[...]di autem *ſacramento corporaliter praeſtito* nullum tibi ſupereſſe auxilium, perſpicui iuris eſt.

ſtrictiſſime zu erklären, anzuſehen iſt [a]). Selbſt diejenigen Rechtslehrer, die es an und für ſich für einerley halten, oder für eben denſelben Mißbrauch des göttlichen Namens anſehen, ob der Minderjährige mündlich, oder ſchriftlich etwas, das nachhin von ihm als unkräftig angeſehen werden will, eydlich angelobet habe, geben gleichwohl zu, daß die Geſetze dennoch ein andres vorſchreiben, und daß es dabey billig der Regel nach, das Bewenden behalten müſſe [b]).

Ob nun zwar viele Rechtslehrer bey den eydlichen Angelobungen der Minderjährigen, eines theils aus dem Grunde, weil die Authentica: ſacramenta puberum, ohne Einſchränkung redet [c]), andern theils aber, weil bey Eydesleiſtungen die vorhergegangene Ueberlegung und Prüfung billig zum voraus zu ſetzen iſt [d]), keine vorgängige Certioration oder Unterricht erfodern, ſo hat es gleichwohl keinen Zweifel, daß wenigſtens ſodann auf den Mangel des vorgängigen Unterrichts vieler Betracht zu nehmen ſey, wenn etwa die Umſtände zu erkennen gäben, daß der Minderjährige vermuthlich im Irthum gewandelt, und ſolchergeſtalt ohne genugſame Ueberlegung ſich zu etwas, mittelſt

a) CARPZOV. *P.* 2. *Conſt.* XI. *Def.* 50. STRYCK *cautel. Iurament. P.* 2. *Sect.* 1. *c.* 3. *n.* 36. WERNHER *T.* 1. *P.* 1. *Obſ.* 217. und *T.* 3. *P.* 1. *Obſ.* 26.

b) HOMMEL *in Rhapſod. Quaeſt. Obſ.* 274.

c) PERETZ *c. l. n.* 4.

d) BRVNNEMANN *ad Pandect. Lib.* 2. *Tit.* 28. *n.* 11. 12.

mittelſt Eydſchwurs, anheiſchig gemacht habe [e]). Sollte derjenige, der ſich mit einem Minderjährigen in Geſchäften eingelaſſen, und denſelben zu einer eydlichen Beſtärkung ſeines Verſprechens, oder Verzichts vermogt hat, den vorgängigen Unterricht, oder die Certioration gefliſſentlich zu verhindern geſuchet haben, ſo entſpringet daraus wider ihn eine ſtarke Vermuthung gehegter betrüglichen Abſichten [f]), und er kann daher auf die Erfüllung des eydlichen Verſprechens wegen der ihm entgegenſtehenden exceptionis doli, keine rechtsbeſtändige Anträge machen. Denn der Eyd kann nur ſodann allen ferneren Einwand völlig zernichten, wenn derjenige, der ſich mit einem Minderjährigen eingelaſſen hat, ſelber bona fide gehandelt, und nicht mit jenes Schaden ungebührliche Vortheile zu erlangen geſuchet, folglich keine betrügliche Abſichten gegen den Minderjährigen geheget hat [g]).

Da die Geſetze in der vorliegenden Materie nur allein von Mündigen, oder ſolchen Minderjährigen, welche die Pubertäts-Jahre bereits erreichet haben, reden, ſo können ſie um ſo weniger auf eigentliche Unmündige, oder impuberes, als denen es an der nothwendigſten Eigenſchaft eines verbindlichen Eydes, nämlich an dem Verſtande,

e) **Der verdiente Herr geheime Rath Schmidt** *in Diſſ. de vindicat. rer. pupillar. omni caſu ad quinquennium reſtrict. Roſtochii* 1741. §. 16.

f) BOEHMER *c. l.* §. 48.

g) VOET. *c. l.* §. 46. 47.

ſtande, oder der genugſamen Erkenntniß, mangelt [h]), angewandt werden [i]); zumal nach verſchiedenen Stellen des Canoniſchen Rechts Unmündige, oder die noch nicht die Pubertäts-Jahre erreichet haben, ſo wenig zu Eydes-Ableiſtungen gezwungen werden, daß vielmehr die etwa von ihnen geleiſteten Eyde kraftlos und unverbindlich ſeyn ſollen [k]). Wenn daher jemand, der noch nicht zu den Pubertäts-Jahren gelanget iſt, ohne Vorwiſſen und Einwilligung des ihm zugeordnet geweſenen Curators gewiſſe Verſprechen gethan, oder ſich gewiſſer Rechte begeben, auch eines, oder anderes mittelſt leiblichen Eydes beſtärket haben ſollte, ſo würde es bey der Vorſchrift gemeiner Rechte, nach welcher die von Pupillen ohne Vorwiſſen und Einwilligung ihres verordneten Vormundes unternommene Geſchäfte ſchlechterdings kraftlos und unverbindlich ſind [l]), lediglich das Bewenden behalten müſſen. Es kann auch hiegegen der Einwand, daß der Unterſchied inter puberes et minores heutiges Tages nicht mehr

h) *c.* 2. *C.* XXII. *q.* 2. *c.* 26. *de iureiur. in* 6. *L.* 26. *D. de iureiur.*

i) VOET. *c. l.* §. 46. BOEHMER *c. l.* §. 47.

k) *c.* 15. *C.* XXII. *q.* 5. pueri ante annos quatuordecim non cogantur iurare. Puella quoque ſi in puerili aetate ſita in domo patris, illo neſciente iuramento ſe conſtrinxerit, et pater eius, vt audierit, ſtatim contradixerit vota eius et iuramenta irrita erunt et facilius emendabitur.

l) *L.* 5. §. 1. *L.* 9. *pr.* §. 1. 2. *de auctorit. et conſ. tut.* §. 2. *Inſt. quib. alienare licet.*

mehr anwendlich ſey [m]), in keinen Betracht kommen, indem dieſer Unterſchied lediglich in Abſicht der vormal ganz von einander unterſchieden geweſenen Gewalt der Vormünder und der eigentlichen Curatoren aufgehoben worden, mithin keinesweges ſodann für aufgehoben gehalten werden kann, wenn an ſich vernünftige und der Aehnlichkeit des Rechts nicht widerſprechende Gründe ihn ausdrücklich billigen und beſtätigen [n]).

Eben daſſelbe, was von den eigentlichen impuberibus in Abſicht ihrer eydlichen Verſprechen und Verzichte gilt, iſt auch auf die ſogenannten pubertati proximos anzuwenden, als welche daraus eben ſo wenig im Wege Rechtens beſprochen werden können [o]). Denn, wenn gleich die Geſetze pubertati proximos als doli capaces anſehen, und dieſelben daher ihrer Verbrechen wegen, den Umſtänden nach, eben, als andere beſtrafet wiſſen wollen [p]); ſo kann doch hievon auf die Verbindlichkeit des Eydes eines pubertati proximi kein

m) *L.* 1. *C. ſi adu. credit. L.* 11. *C. de praed. min. L.* 22. *C. de adminiſtrat tut. L.* 50. §. 1. 5. 6. *de legat.* 3. *L.* 20. *de R. N.* STRYCK *in V. M. Tit. de tutel.* §. 9.

n) BOEHMER *in Conſult. et Dec. Tom.* 2. *P.* 1. *Reſp.* 216. *n.* 28. LAVTERBACH *Vol.* 1. *Diſſ.* 8. *Th.* 17.

o) VOET. *c. l.* §. 46.

p) *L.* 14. *de Senatus conſult. Silan. L.* 111. *de R. I.* §. *penult. Inſt. de obl. quae ex delict.* Art. 164. P. G. O.

kein gültiger Schluß gemacht werden [q]), zumal demjenigen, der ſich mit einem pubertati proximo eingelaſſen hat, ein großer Grad der Unvorſichtigkeit zu Schulden kommt, und derſelbe ſich daher den daraus erwachſenden Schaden ſelbſt beyzumeſſen hat [r]). Es hat daher billig bey dem allgemeinen Grundſatze, nach welchem der Eyd eines impuberis ohne die eigentliche Beſchaffenheit des Geſchäfts, zu welchem er gekommen und die Frage: Ob ſolches an und für ſich gültig, oder ungültig geweſen ſey? in Betracht zu ziehen, kraftlos und unverbindlich iſt, auch bey den ſogenannten pubertati proximis das Bewenden [s]), indem die Ausnahme, die im Römiſchen Recht in Anſehung der dem Patron von dem Unmündigen eydlich verſprochenen Dienſtleiſtungen vorkommt [t]), heutiges Tages nicht füglich einige Anwendung finden, oder zur Regel, und zum Beweiſe des Gegentheils dienen kann.

Bey der allgemeinen Vorſchrift der Authenticae: ſacramenta puberum, ſcheinet es zwar, daß eben dieſelben Grundſätze, die von den eydlichen Verſprechen und Verzichten der Minderjährigen

q) *L. 26. D. de iureiur.* Qui iuraſſe dicitur, nihil refert, cuius ſexus aetatisue ſit: omni enim modo cuſtodiri debet iusiurandum aduerſus eum, qui contemtus eo, cum deferret, fuit, *quamvis pupillus non videatur peierare, qui ſciens fallere non videatur.*

r) *pr. Inſt. de auctoritat. tut. L. 19. de R. I.*

s) Das Gegentheil behauptet PERETZ *c. l. n.* 5.

t) *L. 7. §. 5. de oper libert.*

rigen überhaupt gelten, auch auf diejenigen, die zu der Zeit, da ſie die Wiederbezahlung der ihnen gemachten Anleihe eydlich angelobet haben, ſich noch unter der väterlichen Gewalt befunden hatten, in ſoferne kein Betrug erfindlich iſt, und ſie anders im Stande ſind, die Wiederbezahlung aus ihrem eigenen Vermögen zu leiſten [u]), angewandt werden müſſen. Gleichwohl behaupten die mehreſten Rechtslehrer das Gegentheil, und halten einen Sohn ſogar nach des Vaters Tode nicht einmal dazu verpflichtet, diejenige Anleihe, die er als ein unter väterlicher Gewalt ſich befindender filius familias gemacht hatte, wieder zu bezahlen, wenn er gleich die Wiederbezahlung eydlich angelobet, oder auch auf das Senatus conſultum macedonianum mittelſt feyerlichen und körperlichen Eydes Verzicht gethan hätte [x]), es wäre dann, daß er nach aufgehobener väterlichen Gewalt, die Schuld entweder ausdrücklich anerkannt hätte, oder ſie auch, bewieſenermaßen, zu ſeinem wahren Beſten gemacht worden wäre, oder er des doli überwieſen werden könnte [y]). Diejenigen Rechtslehrer [z]), welche dieſe Sätze allgemein vertheidigen, und die von den filiis familias geſchehene eydliche

u) STRYCK *in cautel. contract. P.* 2. *c.* 1. §. 15.

x) Struben in den Nebenſtunden *P.* 5. *p.* 50. 72. und in dem erſten Theil der rechtl. Bedenken *n.* 156.

y) BERGER *in Oeconom. Iur. Lib.* 3. *Tit.* 2. *n.* 4. 7. 8. 9. 10.

z) PVFENDORF *Tom.* 2. *Obſ.* 171.

liche Begebung des Senatus conſulti macedoniani unter allen Umſtänden für kraftlos und unverbindlich halten, meynen den Grund von ihrer Behauptung ſelbſt in den Geſetzen zu finden[a]). Denn, da nach den letzteren die Begebung des Senatus conſulti macedoniani beſonders des gemeinen Beſtens wegen für unverbindlich erkläret worden; ſo könnten auch um deswillen die Art und Weiſe, wie jene geſchehen ſey, nicht in beſondern Betracht kommen, noch ſo wenig zum Schaden des filiifamilias, als des Vaters, erkläret werden[b]). Allein, wenn man dagegen erwäget, daß ſowohl die Authentica: ſacramenta puberum, als das Canoniſche Recht, die gleichwohl als neuere Geſetze im Colliſionsfall den Vorſchriften des Senatus conſulti macedoniani billig vorzuziehen ſind, von

a) *L.* 1. *pr. de Senatus conſulto macedonian.* v. cum inter caeteras ſceleris cauſas Macedo, quas illi natura adminiſtrabat, etiam aes alienum adhibuiſſet, et ſaepe materiam peccandi malis moribus praeſtaret qui pecuniam (ne quid amplius diceretur) incertis nominibus crederet, placere ne cui, qui filiisfamilias mutuam pecuniam dediſſet, etiam poſt mortem parentis eius, cuius in poteſtate fuiſſet, actio petitioque daretur: vt ſcirent, qui peſſimo exemplo foenerarent, nullius poſſe filiifamilias bonum nomen exſpectata patris morte fieri *add. c.* 58. *de Reg. Iur. in* 6. non eſt obligatorium contra bonos mores praeſtitum iuramentum.

b) LAVTERBACH *Coll. Th. pract. Tit. de SCto maced.* §. 27. VOET. *l. c. Tit. de SCto maced.* §. 10.

von der Verbindlichkeit der Verſprechen und Verzichte, die mittelſt leiblichen Eydes beſtätiget worden, unbedingt und ohne alle Einſchränkung reden, ſo iſt unter den angezogenen nähern Beſtimmungen, unter welchen ſich ein Minderjähriger durch einen Eydſchwur überhaupt gültiglich verbinden kann, es auch bey einem ſolchen Menſchen, der ſich zur Zeit des eydlich gethanen Verſprechens, oder Verzichts, unter väterlicher Gewalt befindet, billig zu laſſen, und es kann demſelben für ſeine Perſon niemal freyſtehen, ſich auf das Senatus conſultum macedonianum zu berufen, wenn er die Wiederbezahlung der Anleihe demjenigen, der ſie ihm bona fide gemacht hatte, durch einen feyerlichen Eydſchwur verſprochen, oder ſich auch mittelſt leiblichen Eydes der Wohlthat des Senatus conſulti macedoniani förmlich begeben haben mögte. Es verſtehet ſich inzwiſchen hiebey ohne mein Erinnern von ſelbſt, daß ein ſolches Verſprechen und eine ſolche Begebung den Rechten des Vaters in alle Wege unnachtheilig zu erklären [c]), und überhaupt nur ſodann von einiger rechtlichen Wirkung ſey, wenn nach aufgehobener väterlichen Gewalt der Sohn ſich im Stande befindet, aus eigenen Mitteln, oder Erwerb diejenige an ſich rechtmäßige Schuld zu bezahlen, wozu er ſich durch einen feyerlichen Eydſchwur zu der Zeit, da er ſich noch unter väterlicher Gewalt befunden, verbindlich gemacht hatte.

c) *L. 1. pr. de Senatusconſulto Macedoniano.*

XXV.

Von den Strafen der Wucherer nach älteren und neueren Geſetzen, wie auch von den Zinſenzahlungen nach älteren Geſetzen und dem heutigen Gerichtsgebrauch überhaupt.

Mit anſcheinender Beyſtimmung verſchiedener Stellen des alten und neuen Teſtaments [a]), verdammten nicht allein ſchon verſchiedene Kirchenväter ohne Unterſchied alle Zinſen [b]), ſondern es gingen einige Päbſte gar ſo weit, daß ſie auch die bloßen Vertheidiger der Zinſen, und diejenigen, die es an einer genugſamen Aufſicht über die Wucherer hatten ermangeln laſſen, als eigentliche Ketzer angeſehen und beſtrafet wiſſen wollten [c]). Hier-

a) 5. B. Moſ. XXIII. 19. Pſ. 55. v. 1—5. Luc. VI. 35. und Luc. VII. 30. Das Gegentheil erhellet inzwiſchen aus dem 5. B. Moſ. XXIII. 20. Matth. XXV. 27. MICHAELIS *de mente et rat. leg. moſaicar. uſur. prohibente.*

b) BOEHMER *in Iur. eccl. Proteſt. Lib.* 5. *Tit.* 19. §. 18. 19.

c) Die beſonderen Conſtitutionen wider die Wucherer von verſchiedenen Päbſten, und zwar beſonders von Pio dem Vierten und Fünften, wie auch Sixto dem Fünften findet man in dem *Bullario magno p.* 325. und 557.

Hieraus ſind die harten Vorſchriften des Canoniſchen Rechts wider das Zinſennehmen ohne Schwierigkeit zu erklären. Denn, nach denſelben wird es dem Diebſtahl, oder wenigſtens einem Spolio gleich geachtet, und derjenige, der erweisliche Zinſen angenommen, iſt wenigſtens ſo lange unter dem Kirchenbann, als er noch nicht alle gehobene Zinſen wieder zurückgegeben hat. Würde auch ein ſolcher, ohne geſchehene Wiedererſtattung ſterben; ſo darf er auf chriſtübliche Art und Weiſe nicht begraben werden [d]). Einem Wucherer verſaget das Canoniſche Recht die Macht, ein gültiges Teſtament errichten zu können [e]), und erkläret die endliche Verſicherung eines Schuldners, die verſprochenen Zinſen zu bezahlen, an ſich für kraftlos und unverbindlich [f]). Ein Wucherer kann nach dem Canoniſchen Recht, ſo lange er noch nicht alle erhobene Zinſen wieder erſtattet hat,

 ſein

d) *c.* 3. X. *de vſur.* v. quia in omnibus fere locis ita crimen vſurarum inualuit, vt multi quaſi licite vſuras exerceant, et qualiter vtriusque teſtamenti pagina condemnentur, nequaquam attendant: ideoque conſtituimus, quod vſurarii manifeſti nec ad communionem admittantur altaris, nec chriſtianam (ſi in hoc peccato deceſſerint) accipiant ſepulturam, ſed nec obligationes eorum quisquam accipiat. Qui autem acceperit, vel chriſtianae tradiderit ſepulturae: et quae acceperit, reddere compellatur: et donec ad arbitrium ſui epiſcopi ſatisfaciat, ab officii ſui maneat executione ſuſpenſus.

e) *c.* 2. *de vſur. in* 6.

f) *c.* 13. X. *de vſur.* BOEHMER *c. l.* §. 21.

ſein angeliehenes Capital nicht wieder fodern [g]). Wenn der Schuldner, von dem die Zinſen eingehoben worden, oder ſeine Erben nicht mehr vorhanden ſind, ſoll der empfangene Wucher [h]) zum beſten der Armuth verwandt werden [i]).

So ſehr inzwiſchen das Canoniſche Recht wider die Annahme aller und jeder Zinſen eifert, ſo nachgebend iſt es dagegen, wenn jene nicht ſowohl unter dieſem verhaßten Namen, als unter dem Schein eines vertragsweiſe feſtgeſetzten Wiederkaufs-Rechts, oder gewiſſer jährlicher Nutzungen (annuorum redituum) bezahlet werden [k]). Denn, wenn jemand einem andern in der Abſicht, ſich dafür gewiſſe liegende Gründe anzuſchaffen, oder ſolche in einen beſſern Zuſtand zu verſetzen, Geld leihet, ſo ſtehet es ihm nach dem Canoniſchen Recht frey, ſich gewiſſe jährliche Abgiften, oder Einkünfte vorzubehalten [l]). Letztere haften ſodann als

g) GERDES *Diſſ. de pontifice in prohibend. vſuris errante. Gryphisw.* 1730.

h) Obwohl einige das Wort **Wucher** von **Woche** herleiten, und daher annehmen, daß Wucher ſo viel als **Wochenzins** bedeute, ſo iſt gleichwohl wahrſcheinlich, daß das Wort **Wucher** von dem alten deutſchen Wort **Wocher**, welches ſo viel, als, was wir heutiges Tages Nutznieſſung nennen, bedeutet, herzuleiten ſey, ſ. SCHILTER und WACHTER *in gloſſar. ſub v.* **Wucher**.

i) *c.* 5. X. *de vſur.*

k) *c.* 19. X. *de vſur.*

l) *Extrav. comm. de empt. et vendit.* BOEHMER *c. l.* §. 52. 53.

als eine Servitut auf dem Grundſtück, und ein jeder Beſitzer deſſelben iſt demnächſt ſchuldig, ſolche ohne alle Weigerung in den beſtimmten Terminen abzuführen. Ob nun zwar den Eigenthümer dem ohngeachtet unbenommen bleibet, das Grundſtück zu veräuſſern, ſo verſtehet ſich gleichwohl von ſelbſt, daß ſolches nur unbeſchadet der Rechte desjenigen, der die Gelder vorgeſchoſſen hat, geſchehen könne [m]).

Zum beſten der Armen und Nothleidenden ſind zwar in der katholiſchen Kirche ſogenannte Leihbänke, oder montes pietatis, üblich; allein, die Abgiften, die zur Erhaltung der Stiftung von dem Schuldner bezahlet werden müſſen, ſind nach den Grundſätzen des Canoniſchen Rechts nicht als eigentliche Zinſen anzuſehen und zu beurtheilen [n]).

Obzwar bey dem Anfange der Glaubens-Reinigung Luther das Canoniſche, oder päbſtliche Recht faſt zu vertilgen ſuchte, und es ſogar vor den Thoren Wittenbergs verbrannte [o]), ſo behielte er gleichwohl den lediglich darin begründeten unbeſchränkten Haß wider die Zinſen bey [p]).

m) FELTZ *de different. vſurar. et annuor. redituum.*

n) MARPERGER *Tr. Montes pietatis*, oder Leih-*Aſſiſtentz*- und Hülfshäuſer. BOEHMER *c. l.* §. 73.

o) MOSHEIM *hiſt. eccl. p.* 639. ZIEGLER *de orig. et increment. Iur. Canon.* §. 64.

p) VOETIVS *in Pol. eccleſ. L.* 2. *Sect.* 4. *c.* 3. *p.* 779.

Bey den Römern waren nicht allein die Zinſen überhaupt, und beſonders verſchiedene Arten derſelben, üblich [q]), ſondern ſie wurden auch ſogar alle Monathe eingefodert [r]). Die Gläubiger pflegten beſonders in ihrem ſogenannten Calendario die Namen ihrer Schuldner, die monathlich Zinſen bezahlen mußten, zu verzeichnen [s]).

Obzwar nach dem älteren Römiſchen Recht in Abſicht auf die Größe der Zinſen eine mehrere Beſtimmung vorhanden war [t]), ſo kommt es gleichwohl nach dem Juſtinianeiſchen Recht hierunter am meiſten auf die Verſchiedenheit der Fälle an [u]). Denn, es wird darin die Größe der Zinſen nach dem Stande und Gewerbe der Perſonen, nach der Beſchaffenheit der Gefahr und der Vortheile, die ſich auf der einen, oder andern Seite befinden, und nach den beſonderen Pflichten des Schuldners ſehr ungleich beſtimmet [x]).

Die

q) *Tit. Digeſt. et Cod. de vſur.* und *de nautico foenore.*

r) *L. 26. §. 1. depoſiti. L. 40. de reb. cred. L. 41. §. 2. de vſur.*

s) *L. 41. de reb. cred. L. 39. §. 14. de adminiſtr. tut. L. 41. §. 6. de legat. 3. L. 3. C. de compenſat.*

t) TACIT. *annal. L.* VI. *c.* 16. LIV. *L.* VII. *c.* 27. PAVL. *L.* II. *Sent. T.* XIV. §. 3.

u) WESTENBERG *Princip. Iur. Lib.* 22. *Tit.* 1. §. 20. 21.

x) *L. 26. §. 1.* und *L. 23. C. de vſur. L. fin. C. de vſur. rei iudicat. L. 3. C. de arbitr. Tut. L. 4. C. de aedific. priuat. Tit. Digeſt. et Cod. de nautic. foen. Nouella 32. cap. 1. Nouella 121. cap. 2.*

Die Verbindlichkeit zu der Bezahlung der Zinſen, war nach dem Römiſchen Recht nicht zu bezweifeln, wenn ſie ſich in einer vorgängigen Stipulation gründete [y]), oder auch das Verſprechen wegen der Zinſenzahlung einem ſogenannten Contractui bonae fidei hinzugefüget war [z]). Ueberhaupt konnte auch der Richter in allen negotiis bonae fidei dem Gläubiger Zinſen zuſprechen, wenn der Schuldner in der Bezahlung ſäumig war, oder ſich in Mora befand [a]), oder auch eine beſondere Billigkeit, wenn etwa der Schuldner ſich mit ſeines Gläubigers Gelde anſehnliche Vortheile verſchaffet hatte, die Bezahlung der Zinſen rechtfertigte [b]). Nach dem Römiſchen Recht war der ſogenannte anatociſmus, oder das Nehmen der Zinſen von Zinſen nicht allein überhaupt [c]),

 ſondern

y) *L. 121. de V. S. L.* 1. und 3. *C. de vſur. L. 24. D. de praeſcript. verb.*

z) *L. 24. in fin. L. 26. §. 1. depoſiti. L. 5. C. de pact. inter emt. et vend.*

a) *L. 49. §. 1. de act. inter emt. vend. L. 16. §. 1. L. 17. §. 3. 4. L. 32. §. 2. de vſur. L. 24. C. eod. L. 54. locati conducti. L. 5. C. de pact. inter emt. et venditor.*

b) *L. 13. §. 20. de act. emt. vend.* v. veniunt autem in hoc iudicium infra ſcripta, inprimis pretium, quanti res venit, item vſurae pretii poſt diem traditionis: *nam cum re emptor fruatur, aequiſſimum eſt eum vſuras pretii pendere add. L. 34. de vſur.*

c) *L. 29. D. de vſur. L. 27. de re iudicat. L. 2. §. 5. D. de adminiſtr. rer. ad ciuitat. pertinent.*

L. 3.

ſondern vorzüglich ſodann unerlaubt, wenn die angeſchwollenen Zinſen ſogar zu einem beſonderen zinsbaren Capital angeſchlagen worden waren [d]). Inzwiſchen finden ſich im Römiſchen Recht einige Einſchränkungen, unter welchen auch die vſurae vſurarum nicht für unerlaubt geachtet wurden [e]). Diejenigen Zinſen, die den Hauptſtuhl überſtiegen (vſurae vltra alterum tantum), wurden nach verſchiedenen Stellen des Römiſchen Rechts [f]), ſchlechter-

L. 3. *C. de vſur. rei iudicat. L.* 26. §. 1. *de condict. indeb.*

d) *L.* 28. *C. de vſur.* worin es unter andern merklich heißt: Quapropter hac apertiſſima lege definimus, nullo modo licere cuiquam vſuras praeteriti temporis, vel futuri in ſortem redigere, et earum iterum vſuras ſtipulari. Sed etſi hoc fuerit ſubſecutum: vſurae quidem ſemper vſuras manere et nullum vſurarum aliarum incrementum ſentire: ſorti autem antiquae tantummodo incrementum vſurarum accedere.

e) *L.* 5. §. 7. *L.* 7. §. 11. 12. *L.* 9. §. 3. *L.* 13. 58. §. 1. *de adminiſtr. et peric. tut. L.* 10. §. 3. *D. mandati.* MENCKEN *de tutore ad vſuras vſurarum obligato.*

f) *L.* 26. §. 1. *de condict. indeb.* v. ſupra duplum autem vſurae et vſurarum vſurae nec in ſtipulatum deduci, nec exigi poſſunt; et ſolutae repetuntur: quemadmodum futurarum vſurarum vſurae *L.* 4. §. 1. *de nautic. foen. L.* 27. §. 1. *C. de vſur. Nouella* 121. *cap.* 2. v. cum igitur leges noſtrae nihil vltra duplum ſolui velint: et nos in hoc tantum differentiam habemus cum prioribus, quod illae quidem debita conſtituant vſque ad duplum, ſi nulla particularis facta fuiſſet

ſchlechterdings für unerlaubt angeſehen, obwohl eine andere Stelle [g]) einen Unterſchied unter dem Fall, da die Zinſen, die den Hauptſtuhl überſteigen, entweder ſchon nach und nach bezahlet worden, oder noch bezahlet werden ſollen, gemacht wiſſen will, und in dem erſten Fall ſolche beſchriebene Zinſen für völlig rechtmäßig, in dem andern aber für völlig unerlaubt, erkläret.

Wenn einer bewieſenermaßen unerlaubte Zinſen genommen hatte, ſo fand nach dem alten Römiſchen Recht die poena quadrupli ſtatt [h]), der Kaiſer Diocletian aber ſetzte auf die Wucherey die Infamie [i]). Der Kaiſer Juſtinian will die Wucherey mit der gänzlichen Einbuße der Schuld,

fuiſſet ſolutio: nos vero recipiamus, vt particulares etiam ſolutiones debita diſſoluant, ſi vsque ad duplum pertingant. Sancimus, vt ſecundum hoc fiat computatio: et ſi tantum perſoluerint, quantum adhuc ad mille aureos deeſt, recuperent etiam foeneratitiam ſexingentorum aureorum Syngrapham, ne debitum ex hac cauſa multipliciter exigi deprehendatur.

g) *L.* 10. *C. de vſur.* v. vſurae per tempora ſolutae non proficiunt reo ad dupli computationem. Tunc non vltra ſortis ſummam non exiguntur, quoties tempore ſolutionis ſumma vſurarum excedit eam computationem.

h) *L.* 2. *C. Theod. de vſur.*

i) *L.* 20. *C. ex quib. cauſ. infam. irrog.* v. Improborum foenus exercentibus et vſuras vſurarum illicite exigentibus infamiae macula irroganda eſt.

Schuld [k]), und bey Soldaten mit dem Verluſt der Rechte ihres Standes beſtrafet wiſſen [l]). Derjenige, der übermäßige Zinſen hat bezahlen müſſen, und das Capital noch in Händen hat, kann nach dem Römiſchen Recht jene Zinſen ſofort vom Capital abziehen [m]). Im Fall er aber letzteres bereits abgetragen hätte, kann er wegen der bezahlten ungebührlichen Zinſen die condictionem indebiti anſtellen [n]). Zu der Abtragung der unbezahlt gebliebenen übermäßigen Zinſen kann der Schuldner im Wege Rechtens unter keinen Umſtänden angehalten werden [o]).

Bey den Römern gehörte auch das ſogenannte crimen Dardanariatus und annonae [p]), oder die Auf- und Vorkäuferey der zur menſchlichen Noth-

k) *Nouella* 32. *in fin.* v. Quae itaque nobis placuerunt, ea claritas tua effectui finique tradere ſtudeto, ſcituro creditore, quod ſi haec contra facere aliquid auſit, exactione cadet. Et qui mutuum accepit, quiue iniuriam pertulit, ex eo ſolatium habebit, quod tum ipſe a faceſſendo negotio liberatus ſit, tum creditorem in rebus ſuis iacturam pati videat.

l) *Nouella* 33. *in fin.*

m) *L.* 26. *C. de vſur.*

n) *L.* 26. *pr.* und §. 1. *de condict. indebiti L.* 18. und 26. *C. de vſur.*

o) *Nouella* 32.

p) Wie eigentlich dieſe beyden Verbrechen bey den Römern von einander unterſchieden geweſen ſind, habe ich in den Grundſätzen des deutſchen peinlichen Rechts §. 205. und 206. mit mehrerem angeführet.

Nothdurft gehörigen Dinge zu den ſchändlichſten Arten der Wucherey [q]). Demjenigen, der ſich dergleichen hatte zu Schulden kommen laſſen, wurde nicht allein die Treibung fernerweitigen Gewerbes unterſaget, ſondern es fand auch über- dieß nach dem Stande der Perſon, entweder die Landesverweiſung, oder die Verurtheilung zu öf- fentlichen Arbeiten ſtatt [r]). Wenn beſonders von der annona die Rede war; ſo beſtimmte in dem angezogenen Fall das Römiſche Recht eine Strafe von zwanzig Goldgülden [s]).

Wenn gleich mäßige Zinſen, in ſo ferne ſie ſich auf einen vorgängigen Vertrag, oder auf der Säumniß gründen, und die Größe von fünf pro Cent nicht überſteigen, nach deutſchen Reichsge- ſetzen für erlaubt und rechtmäßig anzuſehen ſind [t]), ſo iſt gegentheils alles Zinſennehmen für Wu- cherey zu achten, das die in den Geſetzen beſtimm- te Summe überſchreitet, es mag auch unter ei- nem Schein ausgeübet werden, unter welchem es wolle [u]). Es kommt demnach zur Ablehnung ei- ner angeblich begangenen Wucherey ſo wenig auf den

q) *L. 40. §. 1. de legat. 2. L. 87. pr. eod. L. 6. de extraord. crimin. L. 37. de poen. Tit. C. de erog. milit. Tit. Cod. de annon. et capitat. ad miniſtr. L. 1. C. de erog. milit.*

r) *L. 6. extraord. crimin.*

s) *L. 2. D. de L. Iulia de annona.*

t) Reichsabſchied von 1600. §. 139. und von 1654. §. 174.

u) Reichsabſchied von 1577. *Tit.* 17. §. 8.

den Stand der Perſon [x]), als darauf an, ob die übermäßigen Zinſen etwa freywillig angebothen, oder als eine Proviſion [y]), oder als Conventional-Poen, oder vermöge Vergleichs [z]), oder für die Mühwaltung, oder unter dem Vorwande, daß die Gelder einem dritten zugehören, bezahlet, oder ob der Wucher ſonſt unter einem andern Schein [a]) ausgeübet worden ſey [b]). Es iſt auch ferner billig

x) RIVINVS *in Diſſ. de priuat. in principem vſurar. prauitat. reo. Lipſ.* 1725.

y) R. A. von 1577. a. O. Man pfleget es inzwiſchen nach dem Gerichtsbrauch nicht für Wucherey zu halten, wenn etwa ſofort bey der Anleihe der Schuldner ſeinem Gläubiger ein verhältnißmäßiges Douceur von freyen Stücken gemacht haben ſollte. WERNHER *P.* 6. *Obſ.* 459.

z) WALCH *Diſſ. de vſurar. prauitat. ſub palliat. transact. Ien.* 1773.

a) So wenig auch ein pactum de retrouendendo an ſich betrachtet zu einer Art von Wucherey zu rechnen, ſo hat es gleichwohl keinen Zweifel, daß das Gegentheil billig ſodann anzunehmen ſey, wenn man bewieſenermaßen nur darum den Ausdruck: **Wiederkauf** gebrauchet hat, um die Wucherey mit deſto grösſerem Schein ausüben zu können. SCHORCH *Sent.* 30. Eine Prämie inzwiſchen, die man unter dem Vorwande einer Aſſecuranz auf des Schuldners Leben, zumal, wenn letzterer annoch minderjährig, oder von weniger Einſicht ſeyn mögte, erhebet, iſt, der Regel nach, als eine unerlaubte und höchſtſtrafbare Wucherey anzuſehen, wenn die Prämie gleich eydlich verſprochen worden.

b) REINHARTH *Diſſ. de vſurar. prauitat. tam vera et palliat. quam putatiu. ſiue imaginaria. Erford.* 1727. §. 33.

lig für einerley zu halten, ob die übermäßigen Zinſen voraus, oder in dem beſtimmten Zahlungs-Termin, bezahlet worden, wenn nur anders unmäßige und geſetzwidrige Zinſen erweislich, wirklich erhoben worden ſind [c])? Alle Contracte, in ſoferne ſie ſich auf Wucherey beziehen, werden durch die angeführten Reichsgeſetze ſchlechterdings für ungültig erkläret, eine jede Obrigkeit aber ſoll dahin angewieſen ſeyn, über die Abſtellung alles wucherlichen Handels von Amtswegen zu halten. Würde ſie hierunter ſäumig verfahren, ſo ſoll ſie in eine Strafe von zwey bis vier Mark löthigen Goldes verfallen ſeyn. Ueberdieß ſoll der Wucherer mit dem Verluſt des vierten Theils der Hauptſumme, oder ſeines angeliehenen Capitals beſtrafet werden, und ſolcher zur Hälfte ſeiner zuſtändigen Obrigkeit, zur andern Hälfte aber derjenigen Obrigkeit, worunter der Mann, gegen den der Wucher ausgeübet worden, wohnet, anheim fallen. Ein ſolcher Wucher beſonders, der in einer unerlaubten Auf- und Vorkäuferey beſtehet, ſoll nach den Reichsgeſetzen [d]) nicht allein mit dem Verluſt der aufgekauften Waaren, ſondern auch mit der Einziehung des anderweitigen Vermögens des Wucherers beſtrafet werden. Das ſolchergeſtalt eingezogene Guth, wiewohl mit Ausſchluß des vierten Theils deſſelben, als welcher dem Denuntianten gebühret, ſoll der zuſtändigen peinlichen

c) REINHARTH *c. l.* §. 33.

d) Die Reichs-Policey-Ordnungen von 1548. Tit. 18. §. 2. und von 1577. Tit. 18. §. 1.

peinlichen Gerichtsobrigkeit anheim fallen. Es ſollen auch die Auf- und Vorkäufer nach den angeführten Reichsgeſetzen des Landes verwieſen, diejenige Obrigkeit aber, die die Auf- und Vorkäuferey, von der ſie gleichwohl hinlängliche Wiſſenſchaft gehabt, nicht nach allem Vermögen zu ſteuren geſuchet hat, ſoll zur Erlegung einer namhaften Geldbuße verurtheilet werden.

Der Gerichtsgebrauch bleibet in Abſicht der Größe erlaubter Zinſen bey der Vorſchrift der Reichsgeſetze, nach welchen fünf von hundert nur eine rechtmäßige Zinszahlung ausmachen. Obzwar die Reichsgeſetze eigentlich nur von Verzugszinſen, nicht aber von ſolchen, die Vertragsweiſe feſtgeſetzet worden ſind, reden, wenn ſie die Größe derſelben zu fünf pro Cent beſtimmen, auch eigentlich nur auf die durch den dreyßigjährigen Krieg entſtandene Verarmung vieler Leute eine Beziehung haben [e]), ſo pflegen dennoch überhaupt nach dem Gerichtsgebrauch durch Urthel und Recht nur fünf, nicht aber ſechs pro Cent, an Zinſen zugeſtanden zu werden [f]). Es iſt inzwiſchen die Erhebung des ſechſten Zinsthalers nach dem gemeinen Gerichts-

e) Meyer von der Rechtmäßigkeit des ſechsten Zinsthalers.

f) LAVTERBACH *Vol.* 2. *Conſ.* 173. *n.* 12. *ſeq.* und *Vol.* 3. *Conſ.* 210. *n.* 53. Auch unter Kaufleuten pflegen, der Regel nach, keine höhere Zinſen, als zu fünf pro Cent, zugeſtanden zu werden. Struben im 5ten Theil der rechtl. Bedenken *n.* 127. Das Gegentheil, oder daß Kaufleute mehrere Zinſen nehmen können, behaupten MARQVARD *de Iur. mercat.*

Gerichtsgebrauch in Deutſchland, ſo wenig für eine eigentliche Wucherey anzuſehen und zu beſtrafen [g]), als um deswillen die ſogenannte Condictio indebiti zugelaſſen zu werden pfleget [h]). Unter denjenigen Umſtänden, da entweder aller Vortheil auf der Seite des Schuldners, oder auch eine beſondere Gefahr auf der Seite des Ausleihers, vorhanden iſt, wohin beſonders Aſſecuranzen, Bodmerie und Leibrenten-Contracte, wie auch die Fälle, da zu Kriegszeiten, oder bei andern Unglück Geld geliehen worden, gehören, pflegen auch noch heutiges Tages diejenigen Zinſen, die über fünf pro Cent gehen, nicht für Wucherey

mercat. L. 2. c. 8. n. 38. MEVIUS *in diſcuſſ. leuam. inop. cred.* c. 4. *Tit.* 6. n. 5. Muſäus in den Grundſätzen des Handlungsrechts. Hamburg 1785. und mehrere von ihm angeführte Rechtsgelehrte.

g) STRYCK *in vſu modern. Tit de vſur.* §. 11. Die gegentheilige Meynung behauptet BROCKES *Obſ.* 312.

h) *de* CRAMER *T.* 1. *Obſ.* 100. §. 2. *Tom.* 2. *Obſ.* 710. *Tom.* 4. *Obſ.* 1005. Struben in dem 3ten Theil der rechtl. Bedenken *n.* 133. BODINUS *de vſur. licit. vltra quincunces.* MANTZEL *in Iur. Meckl. et Lubec. illuſtrat. Cent.* 2. *Iud.* 90. *Cent.* 3. *Iud.* 61. Von Selchov in den Rechtsfällen im erſten Band *n.* 5. S. 99. Das Gegentheil behaupten inzwiſchen LEYSER *Spec.* 245. *n.* 9. HELLFELD *in Iuriſpr. forenſ.* §. 1133. SCHIERSCHMID *Progr. de vſuris vltra quincunces licet promiſſis non exigendis. Erlang.* 1764.

cherey angeſehen zu werden [i]). Ob diejenigen Fälle, da nach dem Römiſchen Recht höhere Zinſen, und beſonders zwölf pro Cent erlaubt waren [k]), noch heutiges Tages in Anwendung kommen? iſt eine Frage, die zwar von einigen [l]) bejahet, von andern aber [m]) mit mehrerem Grunde verneinet wird [n]). Obwohl einige Rechtslehrer wegen des Namens der Zinſen von Zinſen, und der ſogenannten vſurarum vltra alterum tantum behaupten, daß es bey der angezogenen Vorſchrift des Römiſchen Rechts auch noch heutiges Tages das Bewenden behalten müſſe [o]), ſo machen gleichwohl

i) *L.* 1. *D. de nautic. foen. L.* 1. und 4. *C. de redit. vitalit.* COTHMANN *Reſp.* 52. *n.* 188. GROLMANN *de Iure aſſecurationis vulgo* von *Aſſecurantz*-Recht. *Gieſſ.* 1708. LYNCK *de reditu vitalitio.* Fiſcher im Cameral- und Polizey-Recht im 3ten Bande §. 347.

k) *L. fin. C. de vſur. rei iudicat. L.* 1. *C. de vſur. pupill. L.* 38. *de negot. geſt. L.* 54. *de adminiſtr. tut. L.* 3. *C. arbitr. tutel. L.* 4. *C. de aedific. priuat. L.* 23. und 26. *C. de vſur.*

l) LEYSER *Spec.* 244. *n.* 7. WERNHER *P.* 6. *Obſ.* 316. und *P.* 10. *Obſ.* 253. HENNE *Comm. de vſur. centeſimar. vſu hodiern. in caſib. Iure roman. expreſſ.* von Intereſſen zu 12 pro Cent *ad fori vſum accommodat. Erford.* 1742.

m) BRVNNEM. *ad L. fin. C. de vſur. rei indicat.* HVBER *ad Pandect. Tit. de vſur.* §. 20. Struben in dem erſten Theil der rechtl. Bedenken *n.* 123.

n) *Arg. L.* 1. *C. de Sentent. L.* 26. *C. de vſur.*

o) TENTZEL *de eo quod iuſtum eſt circa vſuras vltra alterum tantum. Erford.* 1730. LEYSER *Spec.* 248. *n.* 1.

wohl andere hierunter verſchiedene Einſchränkungen. Denn, was beſonders die vſuras vſurarum anlanget, ſo wollen die Mehreſten einen Unterſchied gemacht wiſſen, ob von den angeſchwollenen Zinſen mit Bewilligung des Schuldners ein beſonderes zinsbares Capital gemacht, oder, ob vielmehr von dem Gläubiger die rückſtändigen Zinſen eigenmächtig zu einem beſonderen Capital geſchlagen, und davon alle Jahre wieder Zinſen berechnet werden. Das erſte hält man nach dem Gerichtsgebrauch für erlaubt, das andere aber nicht [p]). Allein, auſſer den oben bereits angezogenen Fällen, in welchen ſelbſt nach dem Römiſchen Recht vſurae vſurarum erlaubt ſind, wollen andere Rechtslehrer, daß, da heutiges Tages das odium vſurarum wegfalle, die Beantwortung der Frage: Ob das Nehmen der Zinſen von Zinſen erlaubt ſey? lediglich dem Ermeſſen eines vernünftigen Richters überlaſſen bleibe [q]).

Es hat jedoch keinen Zweifel, daß die Berechnung neuer Zinſen von dem rückſtändigen, oder die vuſurae vſurarum ſodann für erlaubt zu achten, wann ein Bürge für den Hauptſchuldner

 nicht

p) MEV. *P.* 4. *Dec.* 213. BOEHMER *ad* CARPZOV. *q.* 92. *Obſ.* 5. MANTZEL *de anatociſmo licito vel illicito.* BAVER *Progr. de vſur. ſorti imputand. Lipſ.* 1760. REINHARTH *de vſur. vſurar. licitis Erford.* 1726. ENGELBRECHT *Conſult. Gryphiswaldenſ. Reſp.* 74. *n.* 26.

q) AYRER *Diſſ. de arbitrio Iudicis circa vſuras pecun. mutuatit. Goet.* 1750. REINHARTH *de vſur. vſurar. licitis. Erford.* 1726.

nicht allein das Capital, ſondern auch die rückſtändigen Zinſen bezahlet, und wann überhaupt ein Dritter die vertagten, oder rückſtändigen Zinſen an ſtatt des Hauptſchuldners bezahlet, oder auch die bey einem andern ſtehenden Zinſen jemanden als eine Anleihe zugeſchlagen werden. In allen dieſen Fällen pfleget man ſodann die rückſtändigen Zinſen für Capital anzuſehen und ſolchergeſtalt die darauf zu berechnende Zinſen heutiges Tages für unbedenklich zu halten [r]).

Was nun aber beſonders die Zinſen, die den Hauptſtuhl überſteigen, anlanget, ſo pfleget der Gerichtsgebrauch dasjenige, was ältere und neuere Römiſche Rechte davon verordnen, nur auf diejenigen vſuras vltra alterum tantum, die annoch bezahlet werden ſollen, einzuſchränken [s]). Denn diejenigen Zinſen, die der Gläubiger nach und nach erhalten hat, wenn ſie gleich zuſammengenommen, mehr als das Capital ausmachen mögten, iſt der Gläubiger nicht ſchuldig, wieder herauszugeben, oder ſich am Capital kürzen zu laſſen [t]). Ueberdieß hat es theils nach den Geſetzen,

r) BERGER *in Oeconom. Iur. Lib.* 3. *Tit.* 8. §. 10. *n.* 9. WERNHER *T.* 3. *P.* 2. *Obſ.* 493. BROCKES *Obſ.* 344. BECKMANNORVM *Conſilia et Deciſiones. P.* 2. *Dec.* 50. *n.* 28. von Selchows Rechtsfälle im 3ten Bande *n.* 64. S. 58.

s) STRYCK *in vſ. modern. Tit. de vſur.* §. 17. RICHTER *P.* 2. *Dec.* 74. *ſeq.* PVFFENDORF *Tom.* I. *Obſ.* 14. §. 4.

t) BOEHMER *T.* 2. *Reſp.* 804. *n.* 13. SCHORCH *Sent.* 45. *n.* 17.

ſetzen, theils nach dem Gerichtsgebrauch keinen Zweifel, daß auch diejenigen Zinſen, die den Hauptſtuhl überſteigen, für rechtmäßig zu halten ſind, in ſoferne ſie ſich entweder auf einer re iudicata gründen [u]), oder auch von Städten [x]) und piis corporibus [y]), die Rede, oder auch

 der

u) *Arg. L.* 3. *de vſur. rei iudicat.* MEV. *P.* 7. *Dec.* 4. BOEHMER *ad* CARPZOV. *q.* 92. ZOLLER *de vſur. rei iudicat. Lipſ.* 1778.

x) *Nouella* 160.

y) Obgleich die angezogene Novelle von piis corporibus nicht insbeſondere redet, ſo wollen gleichwohl verſchiedene Rechtslehrer dieſelbe auch auf pia corpora angewandt wiſſen. MEV. *P.* 7. *Dec.* 136. BERGER *in Oeconom. Iur. p.* 762. LEYSER *Spec.* 248. *n.* 2. BOEHMER *ad* CARPZOV. *c. l. Obſ.* 6. TORNOV. *de feud. Meckl. P.* 1. *c.* 3. *Sect.* 6. §. 13. Es ſind jedoch unterſchiedene Rechtslehrer *Arg. L.* 14. *de leg.* anderer Meynung und wollen daher dasjenige, was die angeführte Novelle von Städten ordnet, auf Kirchen und pia corpora nicht gezogen wiſſen RICHTER *Dec.* 74. *n.* 88. BECKMANNORVM *Conſilia et Deciſiones P.* I. *Dec.* 21. *p.* 297. *n.* 11. Im Fall über das Vermögen des Schuldners ein Concurs entſtanden, pflegt man, beſonders in Mecklenburg, den pii corporibus die Zinſen, die den Hauptſtuhl überſteigen, an dem Ort, wo ſie ihr Capital erhalten, nicht zuzugeſtehen, vielmehr ſolche unter die bloßen Buchſchuldner zu claſſificiren, obwohl die bekannte Landes-Conſtitution von 1646. in den Worten, daß an welchem Ort der Urthel jemanden das Capital zuerkannt, an ſelbigem Ort er auch der darauf rechtmäßig betagten Zinſen vollkommlich bis zur Zahlung fähig ſeyn ſolle, das Gegentheil

der Gläubiger zu beweiſen im Stande iſt, daß er von ſeiner Seite alles gethan habe, um die Zinſen zu rechter Zeit zu erhalten, und daß ſolche gleichwohl ohne ſein Verſchulden angeſchwollen ſeyn [z]), oder die über den Hauptſtuhl gehende Zinſen mit Bewilligung des Schuldners zu einem beſonderen Capital, das wieder Zinſen trägt, gemacht ſeyn mögten [a]).

Es

gentheil vorzuſchreiben ſcheinen. Es leidet inzwiſchen der angezogene Satz nach dem Mecklenburgiſchen Gerichtsgebrauch ſodann eine Einſchränkung, wenn die einem pio corpori gebührenden Zinſen bereits vor ausgebrochenem Concurſe vſque ad alterum tantum angeſtiegen ſeyn ſollten, ſ. MANTZEL *Diſſ. de Iurib. ſingular. in Megapoli circa proceſſum concurſus creditorum* §. 27.

z) HERT. *Vol.* 1. *Reſp.* 461. *n.* 7. 8. PVFFNDORF *c. l.* Struben in dem erſten Theil der rechtl. Bedenken *n.* 133 MEV. *P.* 7. *Dec.* 4. Die gegenſeitige Meynung behauptet LEYSER *Spec.* 248, *n.* 4. 5. 6. Es iſt inzwiſchen, um ſich von dem Verdacht, daß man nicht alles gethan habe, um die Zinſen zu rechter Zeit zu bekommen, zu entfreyen, eine gerichtliche Interpellation nothwendig. Eine auſſergerichtliche aber kann dazu nicht genügen, ſ. BERGER *Reſolut. Leg. obſtant. Tit de vſur. q.* 1. MEV. *P.* 2. *Dec.* 4. Der Herr Prof. Weber in ſeiner gründlichen Abhandlung von der natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtlichen Wirkung in der 2ten Abtheilung S. 222.

a) MEV. *P.* 4. *Dec.* 213. *n.* 4. MASCOV. *in Conſil. Gryphiswaldenſ. Reſp.* 74. *n.* 20. SCHILTER *Ex.* 33. *n.* 8.

Es hat auch überhaupt keinen Zweifel, daß Zinſen vltra alterum tantum ſodann gefodert werden können, wann der Schuldner, oder eine Concursmaſſe die fructus von dem Capital genoſſen und der Gläubiger ſie entbehren müſſen [b]). Auſſer den bisher angeführten Fällen, pfleget man die Zinſen, in ſo fern ſie ſich höher als der Hauptſtuhl belaufen, zu verwerfen [c]) und von gerichtswegen nicht zu billigen [d]). Denn wann gleich nach dem Zeugniß des vormaligen Reichs-Kammer-Gerichts-Aſſeſſors von Cramer [e]) die Zinſen, die über den Hauptſtuhl gehen, bey den höchſten Reichsgerichten heutiges Tages nicht verworfen, vielmehr zuerkannt zu werden pflegen, ſo iſt ſolches doch nur hauptſächlich von dem beſonderen Fall zu verſtehen, da eine Streitſache ohne Verſchulden des Klägers viele Jahre durch

b) MEV. *P.* 6. *Dec.* 328. TORNOV im *Tract. de feud. Mecklenb. P.* 1. *C.* 3. *Sect.* 6. §. 13. *ſeq.* dergeſtalt iſt auch in neueren Zeiten beym hieſigen Königl. Tribunal in Sachen Lindeman wider den gemeinen Anwald Frankenthalſcher Gläubiger erkannt worden.

c) LEYSER *Spec.* 248. *Coroll.* 1. und *Spec.* 250. *n.* 3. WERNHER *de vſur. per modum intereſſe vltra alterum tantum non exigend. Viteb.* 1711.

d) Der Regel nach und bis auf die angeführten Ausnahmen pflegen auch beym hieſigen Königl. Tribunal keine vſurae vltra alterum tantum zugeſprochen zu werden MEV. *Conſ.* 99. ENGELBRECHT *Obſ.* 98. *n.* 4.

e) *Tom.* 1. *Obſ.* 23. §. 6. und *Obſ.* 102.

bey dem Reichs-Kammer-Gericht unentſchieden gehangen [f]).

An ſolchen Oertern jedoch, wo man auch die Zinſen, die den Hauptſtuhl überſteigen, ohne Unterſchied zuzubilligen pfleget [g]), ſetzet man jedoch gewöhnlich bey Zuerkennung der Zinſen, die den Hauptſtuhl überſteigen, zum voraus, daß der Schuldner noch im Stande ſey, zu bezahlen. Aus dieſer Urſache pflegen bey ausgebrochenem Concurſe diejenigen Zinſen, die während des Concurſes den Hauptſtuhl überſteigen, nicht zugeſprochen zu werden [h]). Im übrigen aber kann es keinen erheblichen Zweifeln unterworfen ſeyn, daß auch bey einer unter Lebendigen geſchehenen Schenkung [i]), bey einer Conventional-Poen,

f) MEV. *P.* 4. *Dec.* 4. LVDOLPH *Obſ.* 162. BECKMANNORVM *Conſilia et Deciſiones P.* 1. *Dec.* 21. *n.* 23.

g) Eine ſolche Obſervanz und daß nach ſelbiger zum wenigſten der Regel nach die vſurae vltra alterum zugebilliget werden, bezeugen von den Hannöverſchen Landen PVFENDORF *P.* 1. *Obſ.* 14. §. 6. Struben im 3ten Theil der rechtlichen Bedenken *n.* 33.

h) BOEHMER *ad* CARPZOV. *c. l.* DVLLAEVS *de eo quod iuſtum eſt circa vſuras in concurſu creditorum. Duisb.* 1715. MANTZEL *de iurib. ſingularib. in Megapoli circa proceſſ. concurſus creditorum* §. 27.

i) BREVNING *de vſuris ex mora in donat. Lipſ.* 1767. OELTZE *an et quatenus vſurae ex mora a quantitatis donatore exigi poſſint ſecundum Ius romanum et hodiernum in Germania. Ien.* 1768.

Poen [k]), und bey conferendis nach angetretener Erbſchaft [l]), die Verzugszinſen anwendlich werden, und daß dazu der Schenkende, oder Schuldner allerdings gehalten bleibe, in ſoferne einem, oder andern bewieſenermaßen eine Säumniß zu Schulden kommen mögte. Bey den Verzugszinſen kommt es auch auf den Stand des Schuldners nicht an, vielmehr müſſen ſogar öffentliche Caſſen Zinſen bezahlen, wenn ſie in der Bezahlung ſäumig ſind [m]). Daß jedoch auch Verzugszinſen der Regel nach vltra tantum nicht zugebilliget werden, kann keinen Zweifel haben [n]). Obgleich es keinem Zweifel unterworfen iſt, daß, in ſoferne die Zinſen ſich in einer vorgängigen Verabredung [o]), oder in der Säumniß des Schuld-

k) Cramer, ob von den *poenis conuentionalibus vſurae* gefodert werden können, ſ. deſſen Wetzlarſche Nebenſtunden *P.* 118. *n.* 7.

l) ZOLLER *Diſſ. ex quo tempore vſurae conferendorum ſint pendendae. Lipſ.* 1767.

m) Struben in dem vierten Theil der rechtl. Bedenken *n.* 16.

n) *L.* 27. §. 1. *C. de vſur. L.* 19. *mandati.* RICHTER *Dec.* 74. *n.* 85. BOEHMER *Tom.* 2. *P.* 1. *Reſp.* 440. *n.* 6. *ſeq.* BECKMANNORVM *Conſilia et Deciſiones T.* 2. *Dec.* 88. *n.* 23.

o) Auch ſolche facta, die von der Einwilligung zeugen, genügen, um eine Verbindlichkeit zur Zinſenzahlung annehmen zu können. SALOMON *de vſuris ſine conuentione conſenſu praeſtitis. Argent.* 1739. Doch gebühren die Verzugszinſen, nach dem Zeugniß angeſehener Rechtslehrer, nur von der Zeit

ners gründen, dieſelben im Wege Rechtens allerdings gefodert werden können, ſo pflegen ſich inzwiſchen überhaupt bey den Geldern der Minderjährigen p), der Kirchen und Communen q), und denjenigen, die fremde Gelder mala fide gebrauchet haben, die gewöhnlichen Zinſen von ſelbſt zu verſtehen r), und als ſtillſchweigend verſprochen angenommen zu werden. Nach dem heutigen Gerichtsgebrauch pflegen ſogar zuweilen, nach dem Ermeſſen des Richters, bewandten Umſtänden nach, Zinſen zugebilliget zu werden, wenn ſie ſich gleich nicht in einer vorgängigen Verabredung, oder Säumniß gründen mögten, oder auch keiner von den bemerkten Fällen vorhanden wäre, vielmehr lediglich die Billigkeit die Bezahlung der Zinſen rechtfertigen dürfte s).

In Ermangelung beſonderer Landesgeſetze behält es bey derjenigen Strafe, die in den Reichsgeſetzen der Wucherey wegen vorgeſchrieben worden, nämlich bey dem Verluſt des vierten Theils des

an, da die Schuld ſelbſt liquide geworden, ſ. Struben im 5ten Theil der rechtlichen Bedenken *n.* 82.

p) *L.* 17. *§.* 3. *de vſur.* BEVTHER *de vſur. pupillar.*

q) *Nouella* 160.

r) Struben in dem fünften Theil der rechtl. Bedenken *n.* 139.

s) CRAMER *Tom.* 4. *Obſ.* 1238. BERGER *in Oeconom. Iur. Lib.* 3. *Tit.* 8. *Th.* 9. *n.* 3. DORETT. *de iuſtit. vſur. hodiern. vulgo Intereſſe. Lign.* 1739.

des angeliehenen Capitals, das Bewenden, und ſolche iſt vorſchriftsmäßig unter der Obrigkeit des Wucherers und des Schuldners zu vertheilen. Ueberdieß kann nach dem Zeugniß der Rechtslehrer, nach dem Ermeſſen des Richters, nach der Größe des Vorſatzes und des geſtifteten Schadens auf eine namhafte Geldbuße, Gefängniß, oder wohl gar auf die Landesräumung erkannt werden [t]). Da auch die Wucherey eigentlich nur ſodann als vollbracht anzuſehen iſt, wenn die übermäßigen Zinſen nicht allein Contractsweiſe feſtgeſetzet und verſprochen, ſondern auch bereits wirklich bezahlet worden ſind [u]), ſo kann daher im Fall das letztere nicht geſchehen ſeyn ſollte, nach der Strenge der Reichsgeſetze auch nicht der Verluſt des vierten Theils vom Capital ſtatt finden. Es pfleget vielmehr wegen einer nicht vollbrachten Wucherey nur lediglich der Fiſcal auf eine verhältnißmäßige Beſtrafung anzutragen, oder in deſſen Entſtehung zur Wahrnehmung ſeines Amts aufgefodert, und demnächſt auf eine angemeſſene Geldbuße, oder Gefängnißſtrafe, erkannt zu werden. Obzwar freylich der angebliche Wucherer mit ſeiner Vertheidigung wider die ihm gemachten Vorwürfe unter allen Umſtänden zu hören iſt [x]), auch

t) CARPZOV. *q.* 91. *n.* 29. *q.* 92. *n.* 29. BERGER *in Oeconom. Iur. Lib.* 3. *Tit.* 8. *Th.* 11.

u) MEV. *P.* 8. *Dec.* 185. WERNHER *P.* 1. *Obſ.* 299. *Select. Iurid. Roſtoch. faſcic.* 1. *Spec.* 14. *q.* 6. LEYSER *Spec.* 146. *n.* 6.

x) HERMANN *Diſſ. de cauſis uſurae vitium purgantibus. Wirceb.* 1738.

auch heutiges Tages, ſo wenig wegen des erhobenen ſechſten Zinsthalers, als wegen Bezahlung der den Hauptſtuhl überſteigenden Zinſen, und der von Zinſen geſchehenen Wiederberechnung neuer Zinſen, von Amtswegen verfahren zu werden, oder eine förmliche Beſtrafung zu geſchehen pfleget; ſo hat es im übrigen gleichwohl keinen Zweifel, daß bey einer unläugbar getriebenen Wucherey eine jede Obrigkeit, da heutiges Tages jene nicht mehr zu den delictis eccleſiaſticis gehöret [y]), von Amtswegen verfahren und ſtrafen könne, obwohl verſchiedene angeſehene Rechtslehrer mit Grunde behaupten, daß der bloßen Wucherey wegen ſehr ſelten eine Unterſuchung und Beſtrafung von Amtswegen wirklich verfüget werde [z]). Weil inzwiſchen die Reichsgeſetze nur den Verluſt des vierten Theils vom Capital vorſchreiben, und ſolchen den Erb- oder bürgerlichen Gerichten zutheilen, ſo kann auch, wenn jene Strafe ſtatt findet, während der Unterſuchung, ſo wenig zur Inhaftirung, als zur beſonderen Inquiſition geſchritten werden, ſondern es iſt vielmehr nur lediglich eine ſummariſche Unterſuchung zu veranſtalten, und demnächſt das Behufige zu erkennen [a]). Würde inzwiſchen jene Strafe nicht zur Anwendung kommen können, und der Wucherer viel-

y) KOCH *Inſtitutiones Iuris Criminalis* §. 625.

z) BOEHMER *ad* CARPZOV. *q.* 92. *Obſ.* 4. BREVNING *Diſſ. an vſuraria prauitas hodie ſit delictum publicum. Lipſ.* 1771.

a) LEYSER *Spec.* 246. *n.* 2.

vielleicht ein Vagabunde ſeyn, ſo iſt auch die Inhaftirung während der Unterſuchung eben ſo unbedenklich [b]), als die Anſtellung der Special-Inquiſition zweifelhaft, wenn entweder beſchwerende Umſtände vorhanden ſeyn, oder auch der Zuſammenlauf anderer, beſonders peinlicher Verbrechen die Special-Inquiſition an ſich gegründet machen ſollten [c]). Daß inzwiſchen, ſo wenig die in dem Canoniſchen Recht befindlichen Vorſchriften [d]), als die im Römiſchen Recht der Wucherey halben beſtimmte Ehrloſigkeit heutiges Tages ferner in Anwendung komme, iſt, nach dem Gerichtsgebrauch, keinem Zweifel unterworfen [e]).

Derjenige Schuldner, der durch die gegen ihn bewieſene Wucherey in Schaden geſetzet worden, kann in Gemäßheit der Vorſchriften des Römiſchen Rechts wegen der bezahlten übermäßigen Zinſen, nach dem heutigen Gerichtsgebrauch, nicht allein condictionem indebiti anſtellen, ſondern auch allenfalls die bezahlten ungebührlichen Zinſen ſofort vom Capital abziehen [f]). Daß auch ein

b) MEV. *P.* 1. *Dec.* 177. und *P.* 5. *Dec.* 75. *de* BOEHMER *ad art.* 11. *CC.* §. 2.

c) BOEHMER *ad* CARPZOV. *q.* 107. *Obſ.* 1.

d) PESTEL *Diſſ. fons errorum de odio uſurarum legitimo inueſtigatus et obſtructus. Rintel.* 1753.

e) BOEHMER *ad* CARPZOV. *q.* 92. *Obſ.* 4.

f) *L.* 26. *pr.* und §. 1. *de condict. indeb. L.* 26. *C. de uſur.* REINHARTH *in Diſſert. de uſurar. prauit. tam vera quam palliat. et putatiu. ſiue imaginar. Erford.* 1726. §. 26. die Condictionem indebiti wegen ſchon bezahlter Zinſen beſtreitet überhaupt CRAMER *Tom.* 1. *Obſ.* 100. §. 2.

ein jeder Contract, in ſoferne er ſich auf Wucherey beziehet [g]), kraftlos und unverbindlich ſey [h]), und dem Wucherer und ſeinen Erben daher die exceptio vſurariae prauitatis entgegen ſtehen, die durch den gewöhnlichen Zeitraum, da ſonſt andere Rechtsbehelfe erlöſchen, nicht verlohren gehet [i]), ja noch ſogar ſelbſt bey der Execution in Anrege gebracht werden kann [k]), leidet keinen Zweifel. Weil auch alle und jede Verträge, die den Geſetzen und guten Sitten zuwider, an ſich unverbindlich ſind [l]), ſo kann auch der Schuldner, ohngeachtet der von ihm auf die feyerlichſte Weiſe geſchehenen Begebung der exceptionis vſurariae prauitatis, dieſelbe gleichwohl in Anregung bringen.

g) Diejenigen Stellen des Contracts inzwiſchen, die ſich nicht auf Wucherey beziehen, haben allerdings eine verbindliche Kraft. *L. 9. pr. de vſur. L. 8. C. ſi cert. petatur.* LEYSER *Spec.* 246. *n.* 7. GAIL *Lib.* 2. *Obſ.* 4. Cramer in den Wetzlarſchen Nebenſtunden Theil 19. *n.* 3. BOEHMER *ad* CARPZOV. *q.* 92. *Obſ.* 4.

h) R. A. von 1577. Tit. 17. §. 8. Allen Richtern geiſtlichen und weltlichen gebiethend, wenn ſolche wucherliche *Contracte* und *Partiten* für ſie bracht, daß ſie dieſelben unwürdig, kraftloß und unbündig erkennen und auf ſolche *Contract* keine *Exſecution*, oder Vollziehung thun, oder verhelfen.

i) MANTZEL *de probat. except. non numerat. pecun.* §. 32. *n.* 6.

k) *c.* 18. X. *de vſur.* BERGER *in Oeconom. Iur. Lib.* 3. *Tit.* 8. *Th.* 11. *n.* 4.

l) *L.* 27. §. 3. *de pact. L.* 5. *C. de legib.*

gen [m]). Obzwar bey ſonſt unbeſcholtenen Leuten kein wucherliches Gewerbe zu vermuthen ſtehet [n]; ſo hat es gleichwohl keinen Zeifel, daß der Schuldner, in Ermangelung hinlänglicher Beweisthümer, ſich wider denjenigen, den er getriebener Wucherey beſchuldiget, in ſoferne ſein Angeben anders nicht von allem Schein entblößet ſeyn ſollte, der Eydesdelation bedienen könne [o]).

Wie nach gemeinem Rechte die Erhebung des ſechſten Zinsthalers nicht für Wucherey angeſehen zu werden pfleget, ſo iſt ſolches beſonders von Mecklenburg zu behaupten [p]). Es hat daher auch in hieſigen Landen wegen bezahlter Zinſen zu ſechs pro Cent keine condictio indebiti ſtatt [q]), und

m) LEYSER *Spec.* 246. *n.* 8. MARTINI *in Proceſſ. Tit.* 39. §. 1.

n) MASCARD. *de probat. Vol.* 1. *Concl.* 447. *n.* 19.

o) DEINLIN *de licita iurisiurandi iudicialis delatione ſuper facto illicito. Alt.* 1739.

p) Die Mecklenburgiſche Policey-Ordnung von 1572. Tit. von wucherlichen Contracten. Die Landes-Conſtitution von 1655. Martini von der Rechtmäßigkeit des ſechsten Zinsthalers in Rückſicht auf die Mecklenburgiſchen Landesgeſetze, ſ. die gelehrten Beyträge zu den Mecklenburg-Schwerinſchen Nachrichten von 1776. das 17. 19. 20. und 21ſte Stück, und von 1777. das 13. und 14te Stück.

q) MANTZEL *in Iur. Mecklenb. et Lubec. illuſtrat. Cent.* 3. *Iud.* 61. und *Cent.* 2. *Iud.* 91. Daß die ergangene Herzogl. Reſolution von 1667., nach welcher in dem Fall, da der Schuldner in gehöriger Abtragung der verſprochenen Zinſen ſäumig erfunden wird,

und wegen der Größe und Beſchaffenheit der Zinſen hat es in Mecklenburg bey demjenigen, was davon nach dem gemeinen Gerichtsgebrauch angemerket worden, lediglich das Bewenden. Die Strafe der Wucherey, die in den Reichsgeſetzen beſtimmet worden, ſoll nach Vorſchrift der Landesgeſetze [r]) ebenfalls in Anwendung kommen, und es fehlet in Gemäßheit derſelben nicht an Beyſpielen, da ſolchergeſtalt wirklich erkannt worden [s]). Der Wucher, der durch Auf- und Vorkäuferey von Wolle, Oel, Honig und anderer zum menſchlichen Leben unumgänglich nothwendigen Dinge getrieben wird, ſoll nach verſchiedenen Landesgeſetzen [t]) nicht allein mit dem Verluſt der ſolchergeſtalt aufgekauften Sachen und überdieß mit

wird, die etwa in der Verſchreibung feſtgeſetzten ſechs pro Cent begehret werden können, nicht auſſer Anwendung gekommen ſey, vielmehr nach dem Gerichtsgebrauch in Mecklenburg a tempore morae der ſechste Zinsthaler, in ſoferne er ſich anders in der Verſchreibung gründet, als eine Conventional-Poen annoch gerichtlich gefodert und zugeſprochen werde, zeiget durch ein neueres Beyſpiel bey einem Mecklenburgſchen Landesgerichte, Herr Juſtitzrath Martini in dem Nachtrag zur angezogenen Abhandlung, ſ. die gelehrten Beyträge zu den Mecklenienburg-Schwerinſchen Nachrichten von 1778. im 11. und 12ten Stück.

r) Die angeführte Mecklenburgiſche Policey-Ordnung von 1572.

s) *Select. Iurid. faſcic.* 1. *Spec.* 8. *q.* 6.

t) Die Landes-Conſtitutionen von den Jahren 1661. 1698. 1702. und 1705.

mit einer beträchtlichen Geldbuße beſtrafet, ſondern auch demjenigen, der ihn entdecket, der dritte Theil von den eingezogenen Waaren zugebilliget werden. Auch die neueren Landesgeſetze [u]) wollen, daß Auf- und Vorkäuferey von niemand getrieben, und von keiner Obrigkeit geduldet werden ſolle.

Nach dem Schwediſch-Pommerſchen Landesgeſetzen ſollen auch keine Zinſen über fünf pro Cent erlaubt werden. Wer mehrere Zinſen nimmt, ſoll das ſtipulirte Intereſſe nebſt dem halben Theil der ausgeliehenen Summe verlieren und ſolches dem Fiſco, oder jeden Orts Gerichten anheim fallen. Monden- und Wochen-Wucher iſt bey Strafe der Verfallung des ausgeliehenen Capitals verbothen [x]).

u) Der Landesgrundgeſetzliche Erbvergleich von 1755. §. 255.

x) Neueſte Grundgeſetze S. 133. c. 15. Dähnerts Sammlungen im 3ten Theil S. 372.

XXVI.

Ob die Erben eines Vormundes, wenn wider dieſelben auf Ablegung der von jenem geführten Rechnungen geklaget wird, zur eydlichen Erhärtung ihrer Unwiſſenheit zuzulaſſen, zumal, wenn nach aufgehobener Vormundſchaft ein faſt dreyßigjähriger Zeitraum verfloſſen wäre?

Wenn gleich der Satz, daß die Erben eines Vormundes zur Erfüllung aller und jeder Verbindlichkeiten deſſelben und zur Erſetzung aller von ihm gewirkten Schäden und Koſten gehalten werden, zu ſolchen Rechtswahrheiten, die nur wenige Einſchränkungen zulaſſen, gehöret, ſo kann dennoch, allem Anſchein nach, daher kein genugſamer Grund zur Verneinung der von mir aufgeworfenen Frage hergenommen werden. Denn, die den Erben aufliegende Verbindlichkeit, ihres Erblaſſers unvollendet gebliebene facta zu erfüllen, ſetzet immer voraus, daß nicht von ſolchen Geſchäften die Rede ſey, die ihrer Natur nach eine beſondere Kenntniß und Fähigkeit, die bey Erben nicht zu vermuthen, erfordern. Denn, in einem ſolchen Falle, oder unter ſolchen Umſtänden, iſt ein Erbe mit der Entſchuldigung, die er von dem Mangel hinlänglicher Nachrichten, oder

von ſeiner Unwiſſenheit in den Geſchäften ſeines Erblaſſers hernimmt, um ſo mehr zu hören, als die letztere bey einem Erben billig, und der Regel nach zu vermuthen iſt [a]), auch überdieß der Erbe eines Vormundes gewöhnlich nur de culpa lata gehalten zu werden pflegt [b]). Vermöge dieſer Grundſätze, könnten daher die Erben eines Vormundes, wenn ſie zur Ablegung und Rechtfertigung der von dieſem geführten Rechnungen, zumal nach einem Ablauf von zwanzig und mehreren Jahren aufgefodert würden, allem Anſehen nach, ſich um ſo mehr mit ihrer Unwiſſenheit und dem Mangel hinlänglicher Nachrichten entſchuldigen, als jene eine genaue und vollſtändige Wiſſenſchaft von allen und jeden Umſtänden und ihrem eigentlichen Zuſammenhange vorausſetzet, und ohne dieſelbe nicht füglich geſchehen kann. Da nun das letztere ein jeder einräumen muß, ſo ſcheinet auch eine wider die Erben auf Juſtificirung der vormundſchaftlichen Rechnungen ihres Erblaſſers gerichtete Klage wenigſtens ſo lange keine Aufmerkſamkeit zu verdienen, als jener genugſame Kenntniß von den vormundſchaftlichen Geſchäften noch nicht völlig auſſer allen Streit geſetzet worden. Die Erben eines Vormundes

 müſſen

a) *L. 42. D. de Reg. Iur.* Qui in alterius locum ſuccedunt, iuſtam habent cauſam ignorantiae, an id, quod peteretur, deberetur. MEVIUS *P.* 7. *Dec.* 238. *n.* 2. Haeres quippe probabilem rerum a defuncto geſtarum habet ignorantiam.

b) *L.* 4. *de magiſtrat. conueniend.* BOEHMER *de actionibus Sect.* 2. *cap.* 6. §. 17.

müſſen vielmehr, allem Anſehen nach, wo nicht von der angeſtellten Klage ſofort entbunden, doch wenigſtens nur zur eydlichen Erhärtung ihrer Unwiſſenheit angehalten und demnächſt freygeſprochen werden. Die Anwendung dieſer Grundſätze ſcheinet auch beſonders in dem Fall, da der ehemalige Mündling bey Lebzeiten ſeines Vormundes die Klage auf Ablegung der Rechnungen füglich wider ihn hätte anſtellen können, ſolche aber bis nach ſeinem Tode und vielleicht zwanzig und mehrere Jahre nach demſelben verſchoben hat, um ſo mehr ihre unbeſtrittene Richtigkeit zu haben, als nicht allein den Pupillen, oder ſeinen Erben ſolchergeſtalt ein hoher Grad der Fahrläßigkeit zu Schulden kommt, ſondern auch überdieß nach der bewährteſten Rechtslehrer Zeugniß, von demjenigen, der bis nach des Schuldners Tode mit Anſtellung ſeiner Klage wartet, die er gleichwohl bey deſſelben Lebzeiten füglich hätte anſtellen können, betrügliche Abſichten, oder, daß er von der Unwiſſenheit der Erben unerlaubte Vortheile zu ziehen ſuche, billig zu vermuthen ſind [c]). Da auch das iuramentum in litem wider Erben eigentlich nur in dem Fall, wenn ihr eigener dolus auſſer Streit geſetzet worden, platzgreiflich werden kann [d]), letzterer

c) MEV. *P.* 4. *Dec.* 110. *n.* 6. Qui viuo debitore petere potuit, petitionem autem, donec moritur, diſtulit, fraudis ſuſpectus eſt et praeſumitur haeredibus vt minus informatis inſidiari.

d) *L.* 4. *C. de in lit. iurando* v. alio iure eſt tutor, alio heres eius. Tutor enim inuentarium caete-

letzterer aber unter den angezogenen Umſtänden nicht einmal ſcheinbar iſt, weniger als gewiß und erwieſen vorausgeſetzet werden kann, ſo dürfen auch die Erben, allem Anſehen nach, mit Grunde nicht beſorgen, daß bey ihrer angezogenen Unwiſſenheit und darauf gegründeten Ablehnung der von ihnen verlangten Juſtificirung der vormundſchaftlichen Rechnungen der Pupill wegen ſeiner angeblichen Zuſtändniſſe zum Schätzungs-Eyde, oder zum iuramento in litem möge zugelaſſen werden. Gegentheils ſcheinet in dem angenommenen Fall nichts weiter übrig zu ſeyn, als einen kurzen Termin zur wirklichen Ableiſtung des Eydes der Unwiſſenheit anzuberaumen, und demnächſt die Erben, wenn ſie ſolchen wirklich abgeleiſtet haben, von der wider ſie erhobenen Klage zu entbinden.

Allein, aller gegenſeitigen Gründe ohngeachtet iſt es dennoch eine durch den deutlichſten Ausſpruch der Geſetze längſt entſchiedene und beſtätigte Wahrheit, daß die den Pupillen und ſeinen Erben nach geendigter Vormundſchaft zuſtehende Klage auf Ablegung der geführten Rechnungen auch wider die Erben des Vormundes mit gutem Grunde angeſtellet werden könne e). Einer ſol-

 chen

caeteraque inſtrumenta ſi non proferat, in litem iuſiurandum aduerſus ſe poteſt admittere: at enim heres eius ita demum ſi reperta in hereditate, dolo malo non exhibeat. *L. 22. C. de poen.*

e) *L. 1. pr.* und §. 1. *de fideiuſſ. et nominat. et hered. tut. et curat.* v. Quamuis heres tutoris tutor non

chen Klage können die letzteren, in ſoferne ſie anders bisher in gutem Glauben gehandelt haben, nur die bereits völlig abgelaufene Verjährung f), keineswegs aber den Mangel ihrer eigenen Kenntniſſe und Nachrichten entgegen ſetzen, wenn anders, wie ſich von ſelbſt verſtehet, über die Frage: Ob ſie auch wirklich Erben von dem Vormunde

non eſt; tamen ea, quae per defunctum inchoata ſunt, per heredem, ſi legitimae aetatis et maſculus ſit, explicari debent, in quibus dolus eius admitti poteſt. Quod penes tutorem fuit, heres quoque eius reddere debet, quod apud pupillum is reliquerit, ſi heres capit, non quidem crimine caret, ſed extra tutelam eſt et vtili actione hoc reddere compellitur. *L.* 1. §. 16. *de tutel. et rat. diſtrahend.* v. hanc actionem etiam in heredem tutoris competere conſtat. *L.* 12. *D. de O. et A. L.* 49. *eod.* ex contractibus venientes actiones in heredes dantur. BOEHMER *de actionib. Sect.* 2. *c.* 6. §. 17.

f) Da der Pupill und ſeine Erben zur Anſtellung ihrer Klage auf Ablegung der Vormundſchafts-Rechnung einen dreyßigjährigen Zeitraum haben; *L.* 3. *C. de praeſcr.* XXX. *vel* XL. *annor.* ſo können auch die Erben eines Vormundes darin für ſich keinen Schutz finden, daß der Pupill, oder ſeine Erben zwanzig Jahre und darüber mit Anſtellung der actionis ad reddendas rationes gezögert haben. Es ſind ſogar angeſehene Rechtslehrer, die einem Vormund, der ſeine Pflichten vernachläßiget und keine Rechnungen abgeleget hat, überall keine Verjährung zu gute gerechnet wiſſen wollen, ſondern gegentheils annoch nach einem Zeitraum von dreyßig Jahren die Klage wider ihn zulaſſen. MEV. *P.* 7. *Dec.* 173. CRAMER *Tom.* 4. *Obſ.* 1035.

munde geworden, und ſolchergeſtalt ſeine Facta präſtiren müſſen? keine gegründete Zweifel vorwalten [g]). Denn, wenn gleich bey Erben überhaupt keine hinlängliche Kenntniß und Wiſſenſchaft von allen und jeden Geſchäften ihres Erblaſſers vorauszuſetzen, vielmehr bewandten Umſtänden nach das gerade Gegentheil zu vermuthen und anzunehmen iſt, ſo können gleichwohl die Erben eines Vormundes daher keine Gründe zu ihrer Befreyung von der Juſtificirung der Rechnungen hernehmen, weil ihnen aus den Geſetzen bekannt ſeyn mußte, daß ſie wegen der von ihrem Erblaſſer geführten Vormundſchaft rechtlicher Art nach beſprochen und zur Verantwortung gezogen werden könnten. In dieſer Hinſicht, und wenn die Erben das letztere entweder gänzlich, oder wenigſtens allen daher zu befahrenden Nachtheil, hätten vermeiden wollen, würde es ihre Schuldigkeit geweſen ſeyn, ſich entweder der ganzen Erbſchaft zu rechter Zeit zu begeben, oder ſich auch um Nachrichten wegen der vormundſchaftlichen Rechnungen in Zeiten zu bewerben, und demnächſt den ehmaligen Pupillen zur Wahrnehmung ſeiner vermeinten Zuſtändniſſe allenfalls gerichtlich aufzufodern. Würden aber gegentheils die Erben des Vormundes, ohne das eine, oder andere beobachtet zu haben, lediglich bey ihrer Behauptung, daß es ihnen unmöglich ſey, die Juſtificirung der vormundſchaftlichen Rechnungen zu beſchaffen, beharren, und könnten ſie ſich durch Vorzeigung des aufgenomme-

g) WERNHER *Tom.* 3. *P.* 2. *Obſ.* 453.

nommenen Inventariums nicht von aller ferneren Anſprache, in ſoferne letztere die Kräfte der Erbſchaft überſteiget, befreyen, ſo iſt auch der ehemalige Pupill zur eydlichen Erhärtung ſeiner Zuſtändniſſe, oder zu dem iuramento in litem, billig zuzulaſſen. Dieſe Zulaſſung zum iuramento in litem kann ſodann beſonders noch wenigeren Zweifel haben, wenn der Erblaſſer durch die Uebergabe der Vormundſchafts-Rechnungen bey ſeinem Leben vielleicht ſchon den Krieg Rechtens befeſtiget hätte, allein ohne Juſtificirung derſelben oder ohne Widerlegung der gemachten Erinnerungen verſtorben wäre [h]).

Weil daher der Einwand, den die Erben eines Vormundes von ihrer Unwiſſenheit in den vormundſchaftlichen Geſchäften hernehmen, und den ſie beſonders der wider ſie angeſtellten Klage auf Herausgabe und Rechtfertigung der vormundſchaftlichen Rechnungen entgegen zu ſetzen meynen, an und für ſich widerrechtlich und folglich unſtatthaft iſt, ſo kann auch der geführte Beweis der Unwiſſenheit, oder allenfalls die eydliche Erhärtung derſelben, in keinen Betracht kommen. Es ſind vielmehr, weil bekannten Rechten nach, in dem Falle, da die Unſtatthaftigkeit der gemachten Einreden ſofort auffallend und einleuchtend iſt, unbe-

h) *L. 4. C. de in lit. iurand. L. vn. C. ex delict. defunct. in quant. hered. L. 1. C. de hered. tut. vel curat.* WERNHER *Tom. 2. P. 9. Obſ.* 88. und *Tom. 2. P. 2. Obſ.* 253.

unbedingte Befehle erlaſſen werden können [i]), die Erben des Vormundes mit ihrem rechtsflüchtigen Einwand, den ſie von ihrer angeblichen Unwiſſenheit hernehmen, ſofort abzuweiſen, und es iſt denſelben die Juſtificirung der vormundſchaftlichen Rechnungen nach vorgängiger Erſetzung der durch ihre bisherige Zögerung dem Gegentheil verurſachten Koſten ſchlechterdings aufzugeben.

So wenig nun zwar die Erben eines Vormundes ſich der Juſtificirung der von ihrem Erblaſſer geführten Vormundſchafts-Rechnungen entziehen können, und ſo wenig ſie auch mit ihrer angeblichen Unwiſſenheit zu hören ſind, ſo können dieſelben gleichwohl mit gutem Grunde von dem Kläger die Herausgabe der ſämtlichen auf die geführte Vormundſchaft ſich beziehenden Schriften vorher verlangen, und ſogar auf eine eydliche Erhärtung, daß letztere getreulich abgeliefert worden, antragen. Es kann auch hiebey auf die Beybringung näherer Beweiſe, daß der Kläger ſolche Schriften wirklich in Händen habe, um ſo weniger ankommen, als dazu nicht allein eine jede ſcheinbare Urſache genüget, ſondern auch dem Kläger ſogar im Leugnungsfall mit gutem Grunde darüber der Eyd deferiret werden kann [k]). Es

 gehöret

i) Claproth in der Einleitung in ſämtliche ſummariſche Proceſſe S. 32.

k) LEYSER *Spec.* 38. *med.* 2. is, qui ab altero editionem documenti petit, non probare debet, cum id poſſidere, ſed ſufficit, vt ſaltem aliquam leuiorem praeſumtionem offerat, vel etiam ſine omni praeſumtione iuſiurandum deferat.

gehöret auch ſogar zu den Pflichten des Richters, ſofort bey demjenigen Erkenntniſſe, in welchem er den Erben des Vormundes die Juſtificirung der von dem letzteren geführten Rechnungen aufgiebet, dem Kläger zugleich die getreuliche Ablieferung der in Händen habenden und dem Beklagten vielleicht dienlichen Schriften aufzugeben [l]), wenn er anders, wie ſich von ſelbſt verſtehet, das Daſeyn ſolcher Schriften nach der Wahrſcheinlichkeit vorausſetzen kann. Auf dieſe Ableiſtung des iuramenti editionis, können die Erben auch ſodann noch beſtehen, wenn auch die rechtskräftig gewordene Urthel, oder der in die Rechtskraft getretene Beſcheid ihn nicht vorſchreiben ſollte, zumal, nach dem Zeugniß bewährter Rechtslehrer, bey der aufgelegten Herausgabe gewiſſer Urkunden ſich das iuramentum editionis von ſelbſt, oder ſtillſchweigend verſtehet [m]), und daher durch die Urthel nicht allererſt beſtimmet werden darf.

l) *L.* 1. *C. de edendo c.* 10. X. *de fide inſtrument.* LEYSER *Spec.* 38. *n.* 2.

m) BERGER *in Oeconom. Iur. Lib.* 4. *Tit.* 24. *Th.* 14. *n.* 5. Dieſer ſchreibt hiervon merklich: edere iuſſus leuatur, ſi quidem iuret, ſe documenta nec poſſidere, nec dolo deſiiſſe poſſidere, daß er die gefoderten Documenta nicht habe, noch gefährlicher Weiſe von Händen kommen laſſen. *L. vlt. C. de fid. inſtr.* namque editioni per ſententiam, aut decretum dictatae, tacite ipſa iuris poteſtate cohaeret iusiurandum editionis, quamuis hoc non fuerit expreſſum: imo iuriiurando editionis etiam poſt contumaciam locus datur.

XXVII.

Ob ein ſogenanntes mandatum cum libera den effectum mandati ſpecialis habe?

Den Unterſchied unter einem mandato cum und ſine libera [a]) pflegen viele darin zu ſetzen, daß derjenige, der nur letzteres hat, ſolche Geſchäfte, die ſonſt ein mandatum ſpeciale erfodern, nicht unternehmen, folglich nur in ſoferne veräuſſern könne, als entweder von bloßen fructibus, oder ſolchen Dingen, die leichtlich der Verderbung ausgeſetzet ſind, die Rede ſey [b]), derjenige aber, der ein ſogenanntes mandatum cum libera hat, alles dasjenige, was ſonſt nur einem eigentlichen domino freyſtehet, verrichten könne. Nach dieſer Lehre kann daher ein ſolcher, der ein manda-

a) Obzwar an und für ſich ſowohl ein mandatum generale, als ſpeciale, ſowohl ein mandatum iudiciale, als extra iudiciale, cum und ſine libera ſeyn kann, ſ. Herr Hofrath Schmidt *in Inſtitut. Iur. Ciu. Sect.* 2. *P.* 1. *Lib.* 3. *T.* 3. *c.* 1. §. 1076., ſo iſt hier gleichwohl beſonders von einem mandato generali cum libera die Rede.

b) *L.* 63. *de Procurat.* Procurator tutorum bonorum, cui res adminiſtrandae mandatae ſunt, res domini neque mobiles neque immobiles, neque ſeruus ſine ſpeciali domini mandato alienare poteſt: niſi fructus, aut alias res, quae facile corrumpi poſſunt.

mandatum cum libera hat, nicht allein bey eintretender unumgänglichen Nothwendigkeit, ſondern ſogar bey anſcheinendem Nutzen, eine Veräuſſerung der ſeinem Gewaltgeber zuſtändigen Sachen mit aller Gültigkeit vornehmen [c]), auch überhaupt alles dasjenige, wozu ſonſt ein mandatum ſpeciale erfodert wird, verrichten [d]). Weil inzwiſchen

c) *L.* 58. *D. de procurat.* Procurator, cui generaliter libera adminiſtratio rerum commiſſa eſt, poteſt exigere, aliud pro alio mutare §. 42. *Inſt. de R. D.* nihil autem intereſt, vtrum ipſe dominus tradat alicui rem ſuam, an voluntate eius alius, cui eius rei poſſeſſio permiſſa ſit. *L.* 9. §. 4. *de A. R. D.* nihil autem intereſt, vtrum ipſe dominus per ſe tradat alicui rem, an voluntate eius aliquis. Qua ratione, ſi cui libera negotiorum adminiſtratio ab eo qui peregre proficiſcitur, permiſſa fuerit, et is ex negotiis rem vendiderit, et tradiderit, facit eam accipientis.

d) *c.* 4. *de procurator. in* 6. qui ad agendum et defendendum, ac generaliter ad omnia (etiamſi mandatum exigant ſpeciale) conſtituitur procurator, ex vi generalitatis huiusmodi ad aliquem articulum, in quo ſpeciale mandatum exigitur, admitti non debet. Sed ſi aliquis, vel aliqui, de articulis ſpeciale mandatum exigentibus ſpecificati fuiſſent, adiecta clauſula generali, tunc ad non expreſſos etiam admittetur. Procurator quoque absque ſpeciali mandato iuramentum deferre, tranſigere, vel paciſci non poteſt: niſi ei bonorum vel cauſae adminiſtratio libere ſit conceſſa. STRYCK *in V. M. Tit. de procurat.* §. 34. Herr geheime Juſtitzrath BOEHMER *in Princip. Iur. Canonici* §. 803.

zwiſchen eine Schenkung, oder Begebung gewiſſer Rechte nicht für eine ſolche Verwaltung der Geſchäfte, wobey man die Einwilligung desjenigen, dem ſie angehen, vorausſetzen kann [e]), anzuſehen iſt, ſo pfleget auch ein bloßes mandatum cum libera dazu nicht für hinreichend geachtet zu werden.

Andere legen dem ſogenannten mandato cum libera nur die Wirkung bey, daß um deswillen dieſes, oder jenes Geſchäft, das ſonſt ein ſpeciale mandatum erfodert, zu Stande gebracht werden könne [f]). Sie halten daher bey Vollmachten, die Klauſel: cum libera, von großem Nutzen, damit der Gewaltnehmer bey etwa nicht geſchehener Berührung dieſer, oder jener Befugniß, ſich dieſelbe gleichwohl anmaßen könne [g]).

Noch andere Rechtslehrer wollen, daß man bey Vollmachten nicht lediglich darauf, ob die ſogenannte Klauſel: cum libera, hinzugefüget, oder ausgelaſſen ſey, ſehen, ſondern vielmehr alle und jede mit einſchlagende Umſtände in Erwägung ziehen, und darnach vornehmlich beurtheilen müſſe, welche Rechte und Befugniſſe der Gewaltgeber ſeinem Geſchäftsträger wahrſcheinlich übertragen habe, und ob er dieſes, oder jenes Geſchäft, das letzterer, ohne beſonderen Auftrag vorzunehmen willens iſt, nach vernünftigen Gründen zu urtheilen,

e) *L. 28. §. vlt. de pact. L. 7. pr. de donat.*
f) BARBOSA *de clauſ. vſ. freq. cl.* 35. *n.* 10.
g) WESENBEC. *in Paratit. Pandect. Tit. de procurat. n. 7.*

len, wenn er wirklich gegenwärtig wäre, würde genehmigen können und müſſen. So wenig nun nach dieſen Grundſätzen in Ermangelung einer beſonders dazu ertheilten Gewalt, die Befugniß zu ſchenken, oder etwas zu vergeben, vermuthet werden kann, ſo iſt im übrigen die Entſcheidung und Beantwortung der Frage: Ob der von einem Gewalthaber vermöge ſeines mandati cum libera geſchloſſene Vergleich bey dem Mangel einer dazu insbeſondere ertheilten Gewalt gültig, oder ungültig ſey? am meiſten nach den bemerkten wahrſcheinlichen Gründen von der Einwilligung des Principals zu machen [h]).

Noch andere wollen, beſonders bey den mandatis iudicialibus die clauſulam cum libera von keinem Nutzen geachtet wiſſen, ſondern erfodern ſodann bey Ausrichtung dieſer, oder jener Dinge von Wichtigkeit jederzeit ein mandatum ſpeciale [i]).

Endlich verwerfen andere [k]) den ganzen Unterſchied unter einem mandato generali cum und ſine libera [l]), und wollen daher, daß einem Bevollmäch-

h) BOEHMER *in Iur. eccl. Proteſt. Lib.* 1. *Tit.* 38. §. 9.

i) BERGER *in Oeconom. Iur. Lib.* 4. *Tit.* 9. *Th.* 2. *n.* 11. STRYCK *in Cautel. Contract. Sect.* 2. *cap.* 11. §. 4.

k) WERNHER *de clauſula cum libera in mandat. extraiudicial. ſuperflua. Viteb.* 1705.

l) Eſtor in den Anfangsgründen des gemeinen und Reichs-Proceſſes im erſten Theil, im 10ten Titil §. 49. ſchreibet merklich: „Die Worte „alles zu thun und zu laſſen, was der Principal in „eigener

vollmächtigten, der mit dem erſteren verſehen iſt, nicht mehrere Gewalt, als demjenigen, der nur eine eingeſchränkte Vollmacht hat, zuſtehe [m]). Denn, die Befugniß, einen Vergleich zu treffen, oder zu veräuſſern, ſtehet nach dieſer Meynung ſo wenig dem erſteren, als dem letzteren zu [n]), in ſoferne nicht entweder ein mandatum ſpeciale vorgezeiget werden kann, oder auch lediglich von fructibus, oder ſolchen Dingen, die der Verderbung leichtlich ausgeſetzet ſind, die Rede [o]). Mit der eben angeführten Einſchränkung wollen diejenigen, die der letzteren Meynung zugethan ſind [p]), die oben zum Beweis des Gegentheils angeführten Geſetze [q]) verſtanden und erkläret wiſſen. Nach ihren Grundſätzen und Meynungen wird daher, ohngeachtet des etwa habenden mandati cum

„eigener Perſon ſelbſt gegenwärtig thun, oder laſ„ſen ſollte, oder könnte, wirken nicht, daß der Ge„walthaber die beſonderen Vorfallenheiten zu beſor„gen vermag.“ BARTH *Diſſ.* 27. §. 1.

m) *L.* 12. *D. de pact.*

n) *L.* 25. §. 5. *de procurat. c.* 61. *de Reg. Iur. in* 6. CARPZOV. *P.* 1. *Conſt.* 17. *Def.* 43. Eſtor a. O. §. 50. Andere berühmte Rechtslehrer wollen, daß, ſo oft nach der Natur des vorzunehmenden Geſchäfts ſpecialis animi declaratio erfodert werde, auch eine beſondere Vollmacht unumgänglich nöthig ſey. MEV. *P.* 8. *Dec.* 217. *n.* 2.

o) *cit. L.* 63. *de procurat.*

p) WESTENBERG *in Princip. Iur. Lib.* 3. *Tit.* 3. §. 8.

q) *L.* 58. *de procurat. L.* 9. §. 4. *de A. R. D.* §. 42. *Inſt. de R. D.*

cum libera, eine ausdrückliche und beſondere Vollmacht erfodert, wenn von der Begebung gewiſſer zuſtändigen Rechte [r]), von der Eydes-Delation [s]), Compromiß [t]), Verwerfung des Richters, Anerkennung gewiſſer Urkunden und Inſtrumente, Wiederaufnahme eines Proceſſes [u]), Beſtellung eines andern Anwaldes vor der Kriegsbefeſtigung [x]), Anhaltung um Wiedereinſetzung im vorigen Stand [y]) und Ertheilung der vierten Friſt, Hilfsvollſtreckung und andern Vorkommenheiten, wodurch dem Gewaltgeber irgend ein Nachtheil von Erheblichkeit zuwachſen könnte, die Rede iſt [z]).

Ob nun zwar ſowohl diejenigen, welche die aufgeworfene Frage mit, oder ohne Einſchränkung, bejahen, als diejenigen, die ſie entweder ſchlechterdings, oder unter gewiſſen Umſtänden, verneinen, dieſes, oder jenes Geſetz zur Begründung ihrer Behauptung anzuführen pflegen, ſo ergiebet gleichwohl eine nähere Prüfung, daß diejenigen Geſetze, die anſcheinlich das ſogenannte mandatum cum libera begünſtigen, und demſelben den effectum eines mandati ſpecialis beylegen,

r) *L. 60. de procurat. c. 9. X. de arbitr. c. 9. de procurat. in 6.*

s) *c. 4. de procurat. in 6.*

t) *c. 9. X. de arbitr.*

u) FINCKELTHAVS. *Obſ. 100. n. 24.*

x) *c. 3. de procurat. in 6.*

y) *c. 7. X. de R. I. I.*

z) Eſtor a. O. §. 50.

gen, eigentlich nicht ſowohl von einem mandato cum libera überhaupt, wie es heutiges Tages ausgeſtellet zu werden pfleget, als vielmehr beſonders von einer libera rerum, oder negotiorum adminiſtratione zu erklären ſind. Nach dem deutlichen Ausſpruch verſchiedener a), zum Theil ſchon angeführter Geſetze b) hat es nun zwar nicht den mindeſten Zweifel, daß derjenige, der liberam rerum, vel negotiorum adminiſtrationem hat, alle diejenigen Geſchäfte Namens ſeines Gewaltgebers verrichten könne, wozu ſonſt ein ſpeciale mandatum erfodert zu werden pfleget; allein, die Hauptfrage bleibet immer die: wer denn eigentlich für einen ſolchen Gewalthaber insbeſondere zu halten ſey? Ob ſich nun zwar hierauf keine allgemeine und gerade auf alle und jede Fälle anwendliche Antwort füglich geben läßt, ſo hat es gleichwohl

a) *L.* 17. §. 3. *de Iureiur.* Procurator quoque quod detulit, ratum habendum eſt: Scilicet, ſi aut vniuerſorum bonorum adminiſtrationem ſuſtinet, aut ſi id ipſum nominatim mandatum ſit, aut ſi in rem ſuam procurator ſit. *L.* 20. §. 1. *de nouat.* pupillus ſine tutoris auctoritate non poteſt nouare, tutor poteſt, ſi hoc pupillo expediat. item procurator omnium rerum. *L.* 87. *de Solut.* Quodlibet debitum ſolutum a procuratore meo non repeto: quoniam cum quis procuratorem omnium rerum ſuarum conſtituit, id quoque mandare videtur, vt creditoribus ſuis pecuniam ſoluat. Neque poſtea exſpectandum eſt, vt ratum habeat.

b) *L.* 58. *de procurat.* *L.* 9. §. 4. *de A. R. D.*

wohl keinen Zweifel, daß insbeſondere die Verweſer ganzer Städte und Communen [c]), Vormünder und Curatoren [d]), ordentlich erwählte und beſtätigte Syndici [e]) zu denjenigen Geſchäften, die ſie Namens ihrer Gewaltgeber vornehmen, in ſoferne der daraus den letzteren erwachſende Schade nicht ſofort augenſcheinlich und unwiderſprechlich ſeyn ſollte, keiner beſonderen und ausdrücklichen Vollmacht bedürfen [f]). Würde auch jemand, der einen andern zum Verwalter ſeines Vermögens, oder ſeiner geſammten Handlung und Gewerbes beſtellet, ſich auch keine nähere Rechte und Einſchränkungen beſonders vorbehalten haben, ſo würde von demſelben, dasjenige, was von einem adminiſtratore rerum, oder negotiorum überhaupt gilt, der Regel nach ebenfals gelten müſſen, und derſelbe daher zu allen den Geſchäften, die ſeinen

c) *L.* 12. *C. de transact.* v. *Praeſes* prouinciae exiſtimabit, vtrum de dubia lite inter te et ciuitatis tuae adminiſtratores facta ſit, an ambitioſe id, quod indubitate deberi poſſet, remiſſum ſit, nam priore caſu ratam manere transactionem iubebit: poſteriore vero caſu nocere ciuitati gratiam non ſinet.

d) *L.* 20. §. 1. *de nouat.*

e) LEYSER *Spec.* 54. *n.* 11.

f) Daß ein Procurator Principis, dem auch von ſeinem Fürſten liberrima negotii cuiusdam adminiſtratio überlaſſen worden, ebenfalls zu dieſer Claſſe zu rechnen ſey, und daher zu einem Namens des Fürſten zu ſchlieſſenden Vergleich, oder zu einer Begebung gewiſſer Rechte keiner ausdrücklichen Vollmacht bedürfe, behauptet LEYSER *Spec.* 178. *n.* 3.

ſeinen Principal angehen, und wozu ſonſt an und für ſich eine beſonders ertheilte Vollmacht, oder Gewalt erfordert zu werden pfleget, berechtiget ſeyn.

Da die Geſetze, nach welchen ein adminiſtrator rerum, oder negotiorum auch ſolche Geſchäfte, wozu ſonſt eine ausdrückliche oder beſondere Vollmacht erfodert wird, verrichten kann, nur von ſolchen Verwaltern reden, denen eine Allgemeine adminiſtratio rerum, vel negotiorum aufgetragen iſt [g]), ſo können ſie daher auch auf ſolche, denen nur ein einzeines Geſchäft übergeben, wenn es gleich in der Form eines mandati cum libera geſchehen wäre, nicht füglich angewandt werden. Hier behält es vielmehr bey der Regel, nach welcher vermöge des habenden mandati generalis keine ſolche Geſchäfte, die eine ausdrückliche Vollmacht ihrer Natur und Eigenſchaft nach erfodern, verrichtet werden können, lediglich das Bewenden. Ein Sachwald daher, in ſoferne er nicht zugleich zum Curatore litis ausdrücklich beſtellet und gerichtlich beſtätiget worden, und daher in eigentlicher Bedeutung als ein adminiſtrator negotiorum anzuſehen iſt, kann der Regel nach, ſo wenig in gerichtlichen, als außergerichtlichen Geſchäften zu dem, wozu eine beſonders ertheilte Gewalt an ſich, und den Rechten nach erfodert wird, Namens ſeines Principals ſeine

g) *L. 58. D. de procurat. L. 9. §. 4. de A. R. D. L. 17. §. 3. de iureiur. L. 20. §. 1. de nouat. L. 87. D. de Solut.*

ſeine Beyſtimmung geben, oder ſolche Geſchäfte, wozu ein mandatum ſpeciale erfodert wird, ohne weitere Anfrage verrichten, wenn er gleich mit einem ſogenannten mandato cum libera verſehen ſeyn ſollte.

Aus allem bisher angeführten ergiebet ſich nun, meinem Bedünken nach, die allgemeine Regel, daß ſowohl bey gerichtlichen, als außergerichtlichen Geſchäften, die bloße Ausſtellung eines mandati cum libera den Mangel einer beſonderen Vollmacht, da ſolche gleichwohl an ſich und nach der Beſchaffenheit des Geſchäfts nöthig war, nicht erfüllen könne, und daß dieſer Satz nur bey eigentlichen adminiſtratoribus rerum, oder negotiorum ſeine Abfälle und Einſchränkungen leide. Da inzwiſchen der Grundſatz, daß zu allen und jeden Geſchäften von Erheblichkeit, oder zu ſolchen, da dem Principal ein Nachtheil zuwachſen kann, eine beſondere Vollmacht erfodert werde, ſich in der Vermuthung, daß der Gewaltgeber vielleicht nicht einſtimmen werde, gründet, ſo kann derſelbe auch ſodann füglich keine Anwendung finden, wenn gegentheils wegen der Einſtimmung des Principals, entweder Beweis, oder auch nach vernünftigen Gründen zu urtheilen, die größte Wahrſcheinlichkeit vorhanden iſt. Hieher rechne ich beſonders, wenn dem Bevollmächtigten, entweder zu einem ſolchen Geſchäfte, das an und für ſich eine ausdrückliche Vollmacht erfodert, eine unumſchränkte Macht und Gewalt ertheilet worden, oder auch in der ausgeſtellten Vollmacht verſchiedner ſolcher Dinge, die ein manda-

mandatum ſpeciale erfodern, erwehnet, und dem Geſchäftsträger zugleich die beſondere Freyheit ertheilet worden, ſich darnach unter ähnlichen Vorfällen und Umſtänden, als nach Beyſpielen zu richten [h]). So wenig daher ein mandatum generale cum libera, welches bekanntlich ſehr öfters ohne beſonderen Vorbedacht ausgeſtellet zu werden pfleget, von beſonderem Nutzen und Folgen überhaupt betrachtet ſeyn kann, und ſo wenig ſolches der Regel nach den Mangel eines mandati ſpecialis erſetzet [i]), ſo eine vorzügliche Gewalt iſt inzwiſchen im Gegentheil mit einem mandato ſpeciali cum libera verbunden. Denn derjenige, der letzteres zur Schließung eines gewiſſen Vergleichs, oder Contracts, oder eines andern Geſchäfts erhalten hat, darf mit Grunde nicht befürchten, daß ihm in Anſehung der Art und Weiſe Streit gemacht, oder auf die Beybringung einer beſonderen Vollmacht beſtanden werden könne, indem von demjenigen, der zu Geſchäften, wozu der Regel nach eine genaue und beſtimmte Vollmacht erfordert wird, ſeinem Bevollmächtigten unumſchränkte Macht und Gewalt ertheilet, nicht anders zu vermuthen ſtehet, als, daß er ihm bey der Ausrichtung und zu Standebringung des Geſchäfts überall keine Gränzen ſetzen, vielmehr alles ſeinem eigenem Gutbefinden habe überlaſſen wollen.

h) *c.* 4. *de Procurat. in* 6. *clementin.* 2. *de Procurat.*
i) Eſtor a. O.

XXVIII.
Von der Strafe dererjenigen, welche wider die dem Landesherrn nachgeordnete Obrigkeit ſich ungehorſam und reſpects-widrig betragen *).

Da ohne Subordination ein Staat ſich nicht erhalten kann, und ohne dieſelbe die weiſeſten Geſetze und Anſtalten vergeblich ſind, ſo iſt daher von ſelbſt einleuchtend, daß diejenigen ein ſchweres Verbrechen begehen, die ſich wider ihre vorgeſetzte Obrigkeit ungehorſam und reſpectswidrig betragen. Ein ſolches ungehorſames und reſpectswidriges Betragen wider eine dem Landesherrn nachgeordnete Obrigkeit kann entweder von vielen Perſonen nach vorgängiger Verbindung und Verabredung, oder von einzelnen geſchehen. Wenn ſich beſonders mehrere Perſonen mit einander gemeinſchaftlich verbinden, um ſich den Vor-

*) Es befindet ſich dieſe Abhandlung zwar gleichfalls in der von mir herausgegebenen Sammlung kleiner juriſtiſcher Schriften. Um aber dieſelbe bey dem Beyfall, den ſie erhalten hat, noch nutzbarer zu machen, habe ich einige Zuſätze und Verbeſſerungen zu machen nöthig gefunden, und aus dieſer Urſache iſt ſie den gegenwärtigen Beyträgen in ihrer jetzigen Umänderung eingerückt worden.

Vorſchriften und Verfügungen ihrer Obrigkeit und Vorgeſetzten zu entziehen, und ſich gegen dieſelbe ungehorſam zu beweiſen, ſo haben ſie ſich entweder öffentliche Gewaltthätigkeiten und andere gefährliche Dinge zum Endzweck vorgeſetzet, oder ihre Verbindung gehet lediglich auf ſchädliche Neuerungen, Schmählerungen der Rechte ihrer Vorgeſetzten, und auf andere Verunglimpfungen ihres Anſehens. In dem erſten Fall, und wenn die Verbundenen gefährliche Abſichten hegen, ſo nennet man eine ſolche Zuſammenrottirung einen **Aufruhr**, oder **Aufſtand**, und wenn ſie ſich gar zur Ausführung ihrer feindſeligen Unternehmungen endlich verpflichtet haben, eine **Verſchwöhrung**. In den übrigen Fällen pfleget man alle Verbindungen, die ungebührlicher Weiſe zur Verunglimpfung der Obrigkeit geſchehen, **Rottirungen**, **Complotte**, oder **Vergatterungen** zu nennen [a]).

a) Obwohl nach dem Römiſchen Recht zu dem eigentlichen Begrif einer Turbae wenigſtens eine Anzahl von zehn bis funfzehn Menſchen erfodert wurde, ſ. *L.* 4. §. 3. *de vi bon. rapt.*; ſo pfleget man gleichwohl heutiges Tages, bey Aufſtänden und Tumulten eben nicht auf eine genaue, oder beſtimmte Anzahl zu ſehen. Es hat jedoch keinen Zweifel, daß Umſtände vorkommen können, weshalb Inhalts der Grundſätze des Römiſchen Rechts bey einer Anzahl von zwey bis vier Conſpiranten die Grundſätze, die von einer Turba gelten, nicht in Anwendung zu bringen ſind. HOMMEL *Obſ.* 225.

So gewöhnlich Aufruhr und Tumulte bey den Römern waren, ſo hart waren auch die Straſen, die man für die Aufrührer beſtimmte. Man pflegte nämlich beſonders die Urheber derſelben, nach der Verſchiedenheit ihres Standes und der Größe der Gefahr, mit der Kreuzigung, dem Vorwerfen vor die Thiere, mit der Deportation, oder ſonſt verhältnißmäßig zu beſtrafen [b]). Da nachhin der Kreuzestod aufgehoben und an ſeine Stelle das ſupplicium furcarum eingeführet wurde [c]), ſo beſtimmet das Juſtinianeiſche Recht den Aufrührern an deſſen ſtatt den Galgen [d]). Obgleich die alten Deutſchen ſelbſt die ſchwärzeſten Verbrechen, z. B. Mord, Straßenraub, Diebſtahl und Ehebruch meiſtentheils nur mit gewiſſen Geldbußen, Vieh- oder Getreidelieferungen, oder zum höchſten mit Geißeln, Peitſchen, und einem Verſtoßen in die Knechtſchaft beſtraften, ſo pflegten ſie gleichwohl die Verräther und Aufrührer mit dem Strange, dem Ausſtechen der Augen, oder ſonſt an Leib, oder Leben zu beſtrafen [e]). Die peinliche Gerichts-Ordnung ſetzet die verſchiedenen Arten des Aufruhrs ſo wenig, als die Gröſſe derſelben, worauf gleichwohl der Richter bey der

b) *de* BOEHMER *in Meditatt. ad CC. art.* 127. §. 2.

c) *L.* 28. *pr. de poen. L.* 26. *C. de epiſc. L. vn. C. vt nem. lic. ſign. Chriſt.*

d) *L.* 38. §. 2. *de poen. L.* 1. *C. de Sedit.*

e) HELLFELD *in Repertor. Iur. priuat. p.* 352.

der Beſtimmung der Strafe beſonders zu ſehen hat, aus einander, ſondern beſtehlet nur überhaupt, daß die Aufrührer nach der Größe und Gelegenheit der Mißhandlung mit der Abſchlagung ihres Haupts geſtrafet, oder mit Ruthen geſtrichen, und des Landes, oder des Diſtricts, allwo ſie die Miſſethat begangen haben, verwieſen werden ſollen [f]). Mit der Erkennung der Todesſtrafe eines verübten Aufruhrs wegen, pfleget man inzwiſchen nach dem Gerichtsbrauch mit vieler Behutſamkeit zu verfahren, und es überhaupt als eine Grundmaxime anzunehmen, die Strafe dergeſtalt einzurichten, daß der Eindruck derſelben zwar bey allen Aufrührern gleich ſtark ſeyn, die beſondere Schärfe aber nur wenige, und vornehmlich nur diejenigen empfinden mögen, die ſich vor andern in ihren Thathandlungen vorzüglich ausgezeichnet haben [g]). Bey dem im Auflauf

f) Art. 127. P. G. O. „Item ſo eyner inn eyn „Landt, Statt, Oberkeyt oder Gebiet geferliche für„ſetzliche und boßhafftige Auffrhuren des gemeynen „Volks wider die Oberkeyt macht, und das alſo auff „In erfunden würde, der ſoll nach größ und gele„genheyt ſeiner Mißhandlunge je zu Zeitten mit „Abſchlagung ſeines Haupts geſtraffet oder mit „Rutten geſtrichen, und aus dem Landt, Gegendt, „Gericht, Statt, Flecken, oder Gebiet, darinnen „er die Auffrhuren erweckt, verweißt werden, dar„inn Richter und Urteyler gebürlichs Raths, damit „niemands Unrecht geſchehe, und ſolch bößlich em„börung verhüt, pflegen ſollen.“

g) KRESS *ad art.* 128. *CC.* §. 3. **Carrach in den rechtl. Urtheilen und Gutachten in peinlichen Sachen** *n.* 94.

geſchehenen Mißhandlungen pfleget man auch am meiſten auf den Stifter des Aufruhrs zu ſehen [h]), und denſelben beſonders nach der Strenge zu behandeln, auch wohl, bewandten Umſtänden nach, am Leben zu ſtrafen. Letzteres pfleget inzwiſchen gewöhnlich nur ſodann zu geſchehen, wenn der Aufruhr mit verſchiedenen öffentlichen Gewaltthätigkeiten verbunden geweſen, und wohl gar an der Obrigkeit ſelbſt Hand geleget, oder auch jemand von der Wache getödtet ſeyn ſolte [i]). Würde ſich inzwiſchen bey dem im Auflauf geſchehenen Mißhandlungen, der Stifter nicht mit völliger Sicherheit und Gewißheit ausmachen laſſen, ſo ſchlagen zwar einige das Loos vor [k]); allein, da hierauf in Ermangelung beſonderer landesherrlichen Vergünſtigung, kein Richter erkennen darf, vielmehr die Entſcheidung durchs Loos als eine Art der Begnadigung angeſehen zu werden pfleget [l]), ſo kann auch in dem angezogenen Fall nur eine nach richterlichem Ermeſſen zu beſtimmende auſſerordentliche Strafe ſtatt finden. So wie inzwiſchen die Beſtimmung ſolcher Strafen, die in den

h) *L. 38. D. de poen.*

i) KRESS, CLASEN und BEYER *ad CCC.*

k) VOSMAER *ſpecimen iuridicum exhibens doctrinam de imputatione delicti vniuerſitatis applicans. Lugdun. Batau.* 1775.

l) DRESSEL. *de decimat. delinquent. Ien.* 1731. §. 45. Meine Grundſätze des deutſchen peinl. Rechts §. 92.

den Geſetzen in vorkommenden Fällen nicht genau beſtimmet ſind, viele Klugheit zum voraus ſetzet, ſo iſt dieſelbe beſonders bey der Beſtimmung der Strafe der Aufrührer nothwendig, damit nämlich auf eine ſolche erkannt werden möge, durch welche die Ruhe und Sicherheit des Staats erhalten, andere die gleiche Geſinnungen hegen, in Zukunft abgeſchrecket werden, und eben dadurch das Anſehen der Obrigkeit ihren nachgeordneten Bürgern ehrwürdig bleiben möge. Ob nun zwar die ſämtlichen Aufrührer, in ſoferne ſie ſich ausdrücklich zum Morden und Umbringen, Rauben und Stehlen unter einander verbunden, und ihre böſe Abſicht mit vereinigten Kräften wirklich zu Stande gebracht haben ſollten, in Ermangelung einer landesherrlichen Begnadigung, ſämtlich am Leben zu beſtrafen ſind [m]), ſo ſind gleichwohl andere Aufrührer, wenn nicht beſonders der beſchriebene Fall, da nämlich der Stifter am Leben beſtrafet werden kann, vorhanden ſeyn ſollte, mit Karrenſchieben auf Lebenszeit, oder auf ſechs, acht, oder wenigere Jahre zu beſtrafen, es wäre dann, daß einem oder andern, beſonders die Jugend und Verführung, oder andere bewährte Milderungs-Gründe zur Vertheidigung gereichen ſollten, da man denn die letzteren nicht nach der Schärfe zu behandeln, ſondern nach richterlichem Ermeſſen gelinder zu beſtrafen pfleget [n]).

So

m) Art. 148. 177. P. G. O.

n) *Arg. L.* 16. §. 10. und *L.* 28. *de poen. L.* 3. *C. epiſc. audient.* KRESS *ad art.* 127. *CC.* §. 4.

So wie auch überhaupt diejenigen Werkzeuge, womit Verbrechen würklich zu Stande gekommen ſind, confiſciret zu werden pflegen [o]), ſo gilt auch ein gleiches beſonders von den bey dem Aufruhr gebrauchten Werkzeugen, und überdieß ſind alle diejenigen, die an dem Aufruhr erweißlich Theil genommen haben, zu der Erſetzung der verurſachten Schäden und Koſten in Solidum gehalten [p]).

Ob zwar die Vorſchützung der Erhaltung vermeyntlich zuſtändiger Rechte und Privilegien bey einem begangenen Aufruhr als ein Milderungs-Grund in keinen Betracht kommt [q]), ſo pfleget man gleichwohl diejenigen, die wider ihren Willen an der würklichen Vollendung ihrer bereits völlig verabredeten aufrühreriſchen und gefahrvollen Abſicht verhindert worden ſind, nur mit zeitlichem Zuchthaus, oder Karrenſchieben, oder mit der Landes- und Stadt- oder Gerichts-Verweiſung zu beſtrafen, und ſie zuweilen überdieß dahin anzuhalten, ihre unter dem Gerichtszwang belegene Güther nach Abzug aller Schäden und Koſten an geſittete und geruhige Bürger zu überlaſſen [r]). Diejenigen inzwiſchen, die aus eigener

o) *L. 9. D. de Iur. fiſci.* Meiſter im erſten Theil der rechtlichen Erkenntniſſe *Reſp.* 45.

p) BECKER *de natura ac indole correal. obligat. in ſpecie ex delict. praecip. quoad expenſ. Roſt.* 1759.

q) Carrach a. O. *n.* 93.

r) CARPZOV. *q.* 130. *n.* 56. *ſeq.* LYNCKER *Vol.* 2. *Reſp.* 77. *n.* 18. *ſeq.* HARPRECHT *Dec.* 26. *n.* 28.

ner Reue von dem Complott, ehe ſolcher wirklich ausgebrochen und in Erfüllung geſetzet worden, ſich entfernet haben, pfleget man ſodann mit aller Strafe zu verſchonen, wenn ſie durch ihre zu rechter Zeit geſchehene Anzeige, Schaden und Gefahr vom Staat abgewandt haben, diejenigen aber ſind dennoch verhältnißmäßig mit Gefängniß, oder der Verurtheilung zu öffentlichen Arbeiten zu beſtrafen, die ſich zwar von den Aufrührern noch zu rechter Zeit entfernet, und an der würklichen Ausführung ihres Vorhabens keinen Theil genommen, inzwiſchen gleichwohl die ihnen obgelegene Anzeige unterlaſſen, und ſolchergeſtalt die Entſtehung von Schaden und Gefahr nach ihrem Vermögen nicht zu verhindern geſuchet haben. Würde ſich inzwiſchen der ganze aufrühriſche Complott freywillig wider getrennet haben, ſo pfleget nach den Grundſätzen, die von verſuchten Verbrechen überhaupt gelten, und zwar gewöhnlich nur auf eine Gefängnißſtrafe erkannt, die Stifter aber mit der Räumung des Bezirks beſtrafet zu werden. Diejenigen, die zwar mit den Aufrührern nicht in Verbindung geſtanden, inzwiſchen gleichwohl ihre Abſichten nach allem Vermögen zu befördern [s]) geſuchet haben, ſind nach

s) Zu ſolchen Beförderern gehören auch insbeſondere die Prediger, die öffentlich und insgeheim den gemeinen Mann wider ſeine Obrigkeit aufhetzen, wowider in den Reichsgeſetzen auf das nachdrücklichſte gewarnet wird, ſ. die Reichsabſchiede von den Jahren 1529. und 1530. wir haben ꝛc.

nach dem Unterſchiede, ob nämlich ohne ihre Förderung die Aufrührer ihre böſe Abſicht, entweder gar nicht, oder nicht leicht hätten zur Ausführung bringen können, entweder jenen in der Beſtrafung völlig gleich zu achten, oder auch, den Umſtänden nach, mit dem Verluſt ihres etwa bekleideten Amts und überdieß mit Gefängniß, Stadt- oder Landesverweiſung, oder der Verurtheilung zu öffentlichen Arbeiten, zu beſtrafen *).

Der Ungehorſam, der von Bürgern und Untergeordneten wider ihre Obrigkeit, oder Vorgeſetzte bewieſen wird, und nicht die Geſtalt eines eigentlichen Aufruhrs hat, beſtehet entweder in thätlichen Verunglimpfungen, in geſuchten ſchädlichen Neuerungen und Schmählerungen der Rechte der Vorgeſetzten, oder überhaupt in der Verweigerung ſolcher Pflichten, die man der Obrigkeit, oder den Vorgeſetzten von Rechtswegen zu beweiſen ſchuldig iſt.

Wenn man vorſätzlicher Weiſe ſich an ſeinen Vorgeſetzten thätlich vergreiſet, ſo widerfähret ſolches insbeſondere, entweder den Statthaltern ganzer Provinzen und Städte, den Befehlshabern der Miliz, den Vorſitzern in den höchſten Landesgerichten, oder vielmehr andern unter- und nachgeordneten Obrigkeiten. In dem erſten Fall kann, bewandeten Umſtänden nach, und wenn die Größe des Vorſatzes und der Gefahr ſich aus der

*) KRESS, CLASEN und BOEHMER *ad art.* 177. *CC.*]

der ganzen Thathandlung ergiebet, auf die Todesſtrafe erkannt werden u). In dem andern Fall, und wenn von bloßen Unterobrigkeiten, die von den ihnen nachgeordneten Leuten auf eine thätliche Weiſe verunglimpfet worden, die Rede ſeyn ſollte, pflegen ſolche Frevler gewöhnlich, nach vorgängig geleiſteter öffentlicher Abbitte, und nachdem ſie einige Tage hintereinander am Pranger, oder Pfahl jedesmahl eine Stunde öffentlich ausgeſtellet geweſen ſind, entweder zum Karrenſchieben, oder Zuchthaus auf gewiſſe Jahre verurtheilet x), oder in dem Fall, da die Handanlegung mit einer tödtlichen Verwundung oder mit andern beſchwerenden Umſtänden verbunden geweſen ſeyn ſollte, mit dem Tode beſtrafet zu werden y). Es verſtehet ſich inzwiſchen in alle Wege von ſelbſt, daß bey der Beſtimmung der Strafe wegen thätlicher Verunglimpfungen, die von Untergeordneten gegen die Obrigkeit bewieſen worden, vorzüglich und am meiſten auch auf den Ort und das Geſchäft, bey welchem jene vorgefallen ſind, geſehen werden müſſe. Denn, ſo wie nur diejenigen Verunglimpfungen, die der Obrigkeit, da ſie in Amt und Pflicht verfahren hat, zugefüget

worden,

u) *L.* 3. §. 19. *de iniur. L. fin.* §. 1. *de re milit.* R. A. von 1555. §. wir ſetzen ordnen ꝛc. GAIL *de P. P. Lib.* 1. *cap.* 1. *n.* 6. und *in Obſeruatt. Lib.* 1. *Obſ.* 39. *n.* 1.

x) HILDEBRAND *Diſſ. de iniur. in Magiſtrat. commiſſ. Alt.* 1720. §. 4.

y) CARPZOV. *q.* 94. *n.* 49. STRECKER *Diſſ. de iniur. magiſtrat. illat.* §. 20.

worden, auf angezogene Art und Weiſe zu beſtrafen ſind, ſo pfleget man gegentheils die der Obrigkeit geſchehenen Verunglimpfungen, da dieſelbe nicht beſonders in Amt und Pflicht verfahren hat, als andere thätliche Injurien anzuſehen und zu beſtrafen, inzwiſchen gleichwohl in der Beahndung einige mehrere Schärfe, als gewöhnlich zu beweiſen. Würde die Handanlegung, die der Obrigkeit geſchehen, ſogar mit einem Todtſchlag, oder Mord verbunden ſeyn, ſo iſt ſodann nicht allein auf die geſetzliche Strafe der Mörder, oder Todtſchläger zu erkennen, ſondern ſolche auch, wenn der Mörder, oder Todtſchläger den Vorſatz nicht abzulehnen, oder zu ſchwächen vermag, noch überdieß äußerlich zu ſchärfen [z]). Gegentheils fällt alle Strafe wegen der der Obrigkeit zugefügten Verwundung, oder Handanlegung von ſelbſt weg, oder ſie iſt doch wenigſtens zu mildern, wenn der Untergeordnete ſich entweder in einer rechtmäßigen Nothwehr befunden, oder doch die Obrigkeit durch ein pflichtwidriges Betragen und Hindanſetzung ihrer Berufs- und Amtspflichten zu der ihr widerfahrnen Verunglimpfung ſelber die Veranlaſſung gegeben haben ſollte [a]).

Wenn

z) *Arg.* Art. 137. P. G. O. „Und mann mag inn „fürgeſetztem Mord, ſo der an hohen treflichen Perſonen, des Thätters eigen Herrn, zwiſchen Ehleuten oder nahendt geſipten Freunden geſchicht, durch „ettlich Leibſtraff als mit Zangen Reiſſen, oder „Ausſchleyffung vor der endlichen Tödtung umb „groſſer Forcht willen die Straff mehren.“

a) Carrach a. O. *n.* 63.

Wenn Bürger und Untergeordnete ihre Obrigkeit und Vorgeſetzte mit Hindanſetzung des ſchuldigen Reſpects, bloß in Worten, oder Schriften beleidiget haben, ſo pfleget bewandten Umſtänden nach, außer dem Wiederruf, oder der bey offenen Thüren zu leiſtenden Abbitte, auf eine Verurtheilung zu öffentlichen Arbeiten, oder Gefängniß auf ein, oder mehrere Jahre gewöhnlich erkannt zu werden [b]. Dieſe Strafe iſt billig noch mehr zu ſchärfen, wann die Beleidigungen der nachgeordneten Perſonen gegen ihre Obrigkeit vielleicht die Geſtalt eines förmlichen Pasquils an ſich haben, und wohl gar in boshaften Erdichtungen beſtehen ſollten [c]. Würden inzwiſchen die Beleidigungen, die nachgeordnete Bürger und andere Perſonen ihrer vorgeſetzten Obrigkeit bewieſen haben, mehr Unbedachtſamkeit und Mangel der Ueberlegung, als Vorſatz und Bosheit zum Grunde haben, ſo iſt auch die Gelindigkeit der Schärfe billig vorzuziehen [d]; inzwiſchen ſind gleichwohl ſolche ernſtliche Maaßregeln zu nehmen, die allen widrigen Eindrücken, die durch den Vorgang bey andern entſtehen könnten, vorzubeugen, geſchickt ſind. Würden Advocaten wider

b) MEV. *P*. 2. *Dec*. 205. und *P*. 3. *Dec*. 357. KRESS und BOEHMER *ad art*. 110. *CC*. Carrach a. O. *n*. 60.

c) Art. 110. P. G. O.

d) MENOCH *de arb. Iud. Quaeſt. Caſ*. 377. *n*. 9. GRANTZ *Defenſ. Inquiſit. P*. 2. *c*. 8. *membr*. 2. *n*. 284. HARPRECHT *Dec*. 26. *n*. 74.

der ihre vorgeſetzte Obrigkeit in ihren übergebenen Schriften ſich Beleidigungen erlauben, ſo ſind dieſelben, bewandten Umſtänden nach, auf gleiche Weiſe als andere Injurianten, die ihrer Obrigkeit Verunglimpfungen zufügen, wenigſtens an Gelde, wo nicht mit der Suſpenſion, oder gar Remotion zu beſtrafen, und kann denenſelben der fauor defenſionis nur in ſoferne einigermaßen zu ſtatten kommen, als der animus iniuriandi annoch mit Grunde in Zweifel zu ziehen iſt, und nicht aus allen Umſtänden ſich ergiebet. Auf dem Fall, da ein Advocat dem Gerichtszwange derjenigen Obrigkeit, die er in ſeinen Schriften beleidiget hat, nicht unterworfen ſeyn ſollte, kann derſelbe nichts deſto weniger von jener, nachdem ihm ſeine anzüglichen Schriften zurückgegeben worden, zur Bezahlung einer nahmhaften Geldbuſſe verurtheilet, und dieſelbe mittelſt Requiſition bey der Behörde beygetrieben, oder ihm das fernere Practiſiren bey dem Gericht, deſſen Obrigkeit er beleidiget hat, unterſaget, oder auch wohl gar auf eine härtere Beſtrafung bey der zuſtändigen Obrigkeit angetragen werden [e]).

Sollten die Untergebenen gegen ihre vorgeſetzte Obrigkeit ſich dadurch ungehorſam und reſpectswidrig beweiſen, daß ſie ungegründete Neuerungen und Beſchwerden auf die Bahn brächten, ſo pfleget man dieſelben, wenn ſolche Neuerungen und Beſchwerden in der Geſtalt eines Auf-

e) HILDEBRAND *c. l.* §. 6. STRYCK *de purgat. ſcriptor. ab iniur.*

Aufruhrs haben durchgeſetzet werden ſollen, als Aufrührer und Tumultuanten zu beſtrafen. Würden aber die Untergebenen mit ihren vermeintlichen Beſchwerden nicht zwar den Oberrichter vorbeygehen, auch ihren Beſchwerden nicht eigenmächtig abzuhelfen ſuchen, vielmehr ſich damit an den Oberrichter wenden, inzwiſchen ſolche dem ohngeachtet ungegründet und rechtswidrig befunden werden, ſo ſind dieſelben, außer der ihnen obliegenden Erſetzung der Schaden und Koſten, zu einer verhältnißmäßigen Gefängniß, oder Geldbuſſe zu verurtheilen. Eine ſolche Strafe iſt inzwiſchen um ſo mehr zu ſchärfen, je vorſätzlicher und feindſeliger ſich die Untergebenen gegen ihre vorgeſetzte Obrigkeit betragen haben, je weniger ſie den Grund ihrer Beſchwerden zu beweiſen vermögend geweſen ſind, und je weniger ſie die ihnen zu bezahlen aufgelegten Schäden und Koſten zu erſetzen im Stande, ſind [f]). Würden ſich inzwiſchen die Untergebenen mit ihren Beſchwerden wider ihre Obrigkeit und Vorgeſetzten bey dem höheren Richter auf eine rechtliche Art und Weiſe gemeldet haben, auch jene nicht unerheblich, vielmehr gegründet befunden werden, ſo haben dieſelben ſo wenig eine Strafe verwirket, als ſie zu der Bezahlung der Koſten angehalten werden können [g]). Gegentheils ſind vielmehr die Unterge-

 benen

f) *Arg.* Art. 112. P. G. O. *L.* 7. §. 3. *de iuris-dict. L.* 25. *de in ius voc. L.* 4. *C. de ſeru. fugit.* Meine Grundſätze des peinl. Rechts §. 64-69.

g) Art. 61. und 153. P. G. O.

denen unter ſolchen Umſtänden wider ihre Vorgeſetzten, denen ſie unmittelbar untergeordnet ſind, in Schutz und Schirm zu nehmen [h]), die Unterobrigkeit aber iſt, der Beſchaffenheit der Sache nach, willkührlich zu beſtrafen [i]), und zur Erſetzung der Schäden und Koſten anzuhalten [k]), oder doch wenigſtens dahin anzuweiſen, den gegründeten Beſchwerden ihrer Untergebenen abzuhelfen.

Wenn Gerichts- oder Unterbediente ſich in den obliegenden Amtspflichten ungehorſam und reſpectswidrig betragen, ſo pfleget man dieſelben, wenn dadurch Schaden und Gefahr entſtanden iſt, außer der gänzlichen Abſetzung vom Dienſt, die zuweilen mit der beſondern Erklärung der ferneren Dienſtunfähigkeit verbunden zu werden pfleget, mit der Verurtheilung zur Karre, oder Zuchthaus auf ein, oder mehrere Jahre zu beſtrafen [l]). Würde inzwiſchen durch den Ungehorſam, oder durch das reſpectswidrige Betragen der Gerichts- und Unterbedienten kein Schaden und Gefahr entſtanden ſeyn, ſo pfleget man dieſelben mit Gefängniß, Geldbuße, oder zeitlicher Suspenſion unter Androhung der gänzlichen Remotion

h) Art. 76. und 156. P. G. O.

i) Meiſter in den rechtl. Erkenntniſſen in peinl. Fällen *Reſp.* 45.

k) *L.* 15. §. 1. *de Iudic. L.* 5. §. 4. *de O. et A. L.* 6. *de extraord. cognit. L.* 2. *C. de poen. Iud. qui male iud. pr. Inſt. de obl. quae ex delict.*

l) *Arg.* Art. 180. P. G. O. *de* BOEHMER *ad art.* 180. *CC.* §. 2.

tion bey ähnlichen neuen Begehungen zu beſtra-ſen m). Sollten jedoch die bisherige gute Auf-führung, oder andere Gründe, nach welchen bey dem gegenwärtigen Vergehen ein geringerer Grad des Vorſatzes zu vermuthen iſt, dem Unterbe-dienten zu einiger Entſchuldigung gereichen, ſo pfle-get man die Strafe billig zu mildern n), und bey leichten Vergehungen, in ſoferne deren Stra-fe nicht zugleich in den Landesgeſetzen beſonders vorgeſchrieben ſeyn ſollte, nach gegebenem ernſtli-chen Verweiſe wegen künftigen beſſeren Betra-gens, jene ganz und gar nachzulaſſen o). Ein Unterbedienter, der vieler von dem Gegentheil zu beſorgenden üblen Folgen wegen zu einem ſtrengen und pünctlichen Gehorſam verpflichtet iſt, ver-dienet inzwiſchen der Regel nach allemal Be-ſtrafung, wenn er etwa aus Klügeley die ihm ge-machten Vorſchriften, ohne mit Beſcheidenheit ſeine etwanigen Zweifel vorzutragen, und Ein-gang gefunden zu haben, nicht beobachtet haben ſollte.

Eine bloſſe Widerſetzlichkeit dienſtpflichtiger Leute, pfleget man bewandten Umſtänden nach, mit Gefängniß, härterer Handarbeit, oder dem

m) LYNCKER *Vol.* 2. *Reſp.* 77. *n.* 18. *ſeq.* HAR-PRECHT *Dec.* 26. *n.* 28.

n) *L.* 28. §. 10. *de poen.* STRECKER *de cauſ. poen. mitigant.* §. 20.

o) MOLLENBEC *de agrat. Iud. iur. aggratiand. deſtitut. c.* 2. §. 4. de BOEHMER *in Meditatt. ad CC. art.* 120. §. 13.

Stock-Schilling zu beſtrafen [p]). Diejenigen aber, die ſich der Uebernahme öffentlicher Aemter und Pflichten entziehen, pfleget man nicht allein Verhältnißmäßig mit Gefängniß, oder Bezahlung einer gewiſſen Geldbuſſe zu beſtrafen, ſondern auch überdieß, wenn es anders thunlich iſt, zur Erfüllung ihrer Obliegenheiten zu zwingen, oder in deſſen Ermangelung härter zu beſtrafen, oder ſie auch zu einer Genugthuung oder Vergütung für diejenigen, die an ihrer ſtatt gewiſſe Geſchäfte, wozu ſie nicht verbunden waren, haben übernehmen müſſen, anzuhalten.

Obzwar der Regel nach niemand in ſeiner eigenen Sache Richter ſeyn kann [q]), ſo iſt dennoch in dem Fall, da man ſich gegen ſeine Obrigkeit entweder ungehorſam bewieſen, oder gegen dieſelſelbe den gebührenden Reſpect aus den Augen geſetzet hat, ein anders anzunehmen [r]). Denn, es iſt einer Unterobrigkeit nicht allein erlaubt, ihren Gerichtszwang, Ehre und Anſehen durch die wirkſamſten Mittel aufrecht zu erhalten [s]), ſondern auch gegen die Widerſpenſtigen, die den ſchuldigen Gehorſam und die Gebührende Achtung gegen

p) ENGELBRECHT *de oper. ruſticor.* §. 47. 48. Eiſenhart in dem 8ten Theil der Rechtshändel *n.* 8.

q) *L. vn. C. vt. nem. in propr. cauſ.*

r) *L.* 176. *de R. I. L.* 25. *de adopt. L.* 10. *de iurisdict. L.* 5. *pr. de iniur.*

s) *L.* 19. *de offic. praeſ. L. vn. D. ſi quis ius dicent. non obtemp. c.* 1. *de poen. in* 6.

gegen ihre vorgeſetzte Obrigkeit hindanſetzen, ohne den Befehl ihrer Oberrichter erſt ſuchen zu dürfen, inquiſitoriſch zu verfahren t). Um inzwiſchen allen Schein irgend einiger Partheylichkeit zu vermeiden, pflegen gewöhnlich ſolche Obrigkeiten, nach genugſam geſchehener Unterſuchung der Sache, ihre ſpruchfertigen Acten an unpartheyiſche Rechtsgelehrte, nachdem den Angeſchuldigten die Beybringung ſeiner Vertheidigung freygelaſſen worden, zu verſenden u). So wie inzwiſchen in dieſem Fall die Klugheit die Verſendung dung der Acten anräth, obgleich ſolche an ſich nicht nothwendig iſt x), ſo kann gleichwohl die Unterobrigkeit wegen des ihr von dem Untergebenen bewieſenen Unglimpfs und Ungehorſams nicht verfahren und ſtrafen, wenn ſich derſelbe auf ſolche Dinge, die bey dem Oberrichter in unentſchiedenen Rechten ſchweben, beziehen ſollten. Denn, unter ſolchen Umſtänden muß die Obrigkeit wegen der vorwaltenden Litis Pendenz ihre Beſchwerden wider ihre Untergebenen lediglich bey dem Oberrichter anbringen, und deſſen rechtlichen Ausſpruch abwarten.

t) *L.* 1. *D. de poſtuland.* HILDEBRAND *c. l. c.* 3. §. 3. BOEHMER *de poen. ius dicent. ſine Iud. c.* 1. §. 14. MEV. *P.* 5. *Dec.* 323. und 374. *n.* 8. 9. *P.* 6. *Dec.* 343. *P.* 9. *Dec.* 108. *n.* 3. und *Dec.* 112. *n.* 6. GAIL. *Lib.* 1. *Obſ.* 39. *n.* 1. 4. 5.

u) BRVNNEM. *ad L.* 10. *D. de iurisdict.* HARPRECHT *Dec.* 26. *n.* 30. MEV. *P.* 8. *Dec.* 198. *n.* 6.

x) *L.* 9. §. 5. *de publican. L.* 13. *de offic. praeſ.*

XXIX.

Welcher Beyſchlaf eigentlich als ein ſolcher, der unter der Hofnung der Ehe vollbracht worden, anzuſehen?

Zu den ausgemachten, oder unbeſtrittenen Rechtswahrheiten gehöret derjenige Satz, daß ein unter dem Verſprechen der Ehe geſchehener Beyſchlaf zur würklichen Vollziehung der Ehe ſchlechterdings verbinde, und daher in einem ſolchen Fall der Stuprator auf die ihm ſonſt der Regel nach zuſtändige Wahl inter dotandum et ducendum keinen fernern Anſpruch machen könne [a]). Der Grund von dieſem angenommenen Lehrſatz iſt wohl ohnſtreitig in dem Canoniſchen Recht zu finden, nach welchem beſonders diejenigen Verlöbniſſe, die durch den erfolgten Beyſchlaf beſtätiget worden, zu den ſogenannten ſponſalibus de praeſenti gerechnet, und daher der würklichen Ehe gleich geachtet zu werden pflegen [b]). So wenig inzwiſchen dasjenige Stuprum, das vor dem Verſprechen der Ehe vorhergehet, zu derjenigen Art des Beyſchlafs, der unter der Hof-

a) LUDWIG *de different. Iur. Roman. et German. in ſtupro ſub ſpe matrimon. Diſſ.* 1. und 2. Herr Kanzler KOCH *in Inſt. Iur. Crimin.* §. 284.

b) *c.* 15. und 30. X. *de ſponſal. et matrimon.*

Hoffnung der Ehe geſchehen, zu rechnen iſt, ſo wenig kann auch ſolches in Abſicht auf ſeine rechtlichen Folgen dem letzteren gleichgeachtet werden [c]). Ein ſolches Verſprechen der Ehe, das lediglich auf den bereits vollzogenen Beyſchlaf folget, in ſoferne daſſelbe nicht in förmlichen und rechtsbeſtändigen Verlöbniſſen ſeinen Grund haben ſollte, kann daher dem Stuprator die ihm den Geſetzen nach inter dotandum et ducendum freygelaſſene Wahl nicht nehmen, vielmehr bleibet in einem ſolchen Fall, ohne auf das ins geheim gethane Verſprechen der Ehe rechtlichen Betracht zu nehmen, nur lediglich auf die aus dem begangenen Stupro entſpringende obligationem alternatiuam inter dotandum et ducendum zu erkennen.

So richtig nun zwar die bisher angeführten Grundſätze ſind, ſo zweifelhaft ſcheinet gleichwohl eine völlig beſtimmte Beantwortung der Frage zu ſeyn: Ob nämlich zu einem ſolchen Beyſchlaf, der als ein unter dem Verſprechen der Ehe geſchehener anzuſehen iſt, gerade gültigliche und förmliche Verlöbniſſe erfodert werden, oder, ob es gegentheils genüge, wenn etwa zu erweiſen ſtehet,

 daß

c) LAVTERBACH *Vol.* 3. *Conſ.* 274. *n.* 47. 51. v. copula enim talis promiſſionem matrimonii praecedens, fornicaria eſt, et hinc non poteſt dici, matrimonium ea eſſe copula conſummatum, perinde vt ea, quae coniugali affectu et antecedentis promiſſionis matrimonialis exequendae cauſa interueniſſe intelligitur. *Add.* SCHORCH *in Sentent. et Reſponſ. Select. Sentent.* 328. *n.* 15.

daß der Stuprator das Verſprechen der Ehe vor dem verübten Beyſchlaf würklich geleiſtet, inzwiſchen ſolches nur ins geheim ohne der Eltern Einwilligung und ohne Zuziehung einiger Zeugen gethan habe? Verſchiedene Rechtslehrer [d]) bejahen in Beyſtimmung einiger Stellen des Canoniſchen Rechts [e]), dieſe Frage, indem ſie glauben, den Satz als völlig ausgemacht und richtig vorausſetzen zu können, daß nämlich ſponſalia clandeſtina durch den geſchehenen Beyſchlaf publica werden, und daher nicht allein alle Rechte der letztern erlangen, ſondern ſogar der würklichen Ehe ſelbſt gleich geachtet werden müſſen [f]). Dieſe Lehrſätze können inzwiſchen in Deutſchland, und beſonders bey den Proteſtanten, um ſo weniger einigen Beyfall finden, als es ſchon an und für ſich und in aller Abſicht ungereimt ſeyn würde, wenn ungehorſame Kinder, die ſich wider Wiſſen und Willen ihrer Eltern, folglich geſetzwidrig verlobet haben, dadurch, daß ſie ihre geheimen Verlöbniſſe durch den Beyſchlaf beſtätigen, und ſolchergeſtalt Verbrechen mit Verbrechen häufen, und die Rechte ihrer

d) HORN *Cl.* 3. *Sent.* 10. *p.* 186. STRYCK *in Conſil. Halenſ. T.* 1. *L.* 11. *Conſ.* 41. HELLFELD *in Iurispr. forenſ.*

e) *c.* 30. X. *de ſponſal. et matrimon. c.* 3. und 6. X. *de condict. apoſ.*

f) CARPZOV. *Iurispr. Conſiſt. L.* 2. *Def.* 25. 60. *ſeqq.*

ihrer Eltern ſchmälern, in beſſere Umſtände, als ſie vorher waren, verſetzet werden ſollten [g]).

Weil nun eines Theils die zum Beweiſe des Gegentheils aus dem Canoniſchen Recht angeführte Stellen dasjenige, wenigſtens nicht genau und deutlich enthalten, oder beweiſen, was man aus ihnen herzuleiten und zu beweiſen ſuchet, andern Theils aber der Satz: daß clandeſtina ſponſalia durch den geſchehenen Beyſchlaf ſchlechterdings die Rechte der publicorum erlangen, auf die bey den Proteſtanten nicht angenommene Lehre von den ſponſalibus de praeſenti und de futuro beruhet [h]), auch an und für ſich die Gelegenheit, ſich zu verſündigen, vermehret; ſo behaupten daher verſchiedene angeſehene Rechtslehrer mit Widerlegung der gegenſeitigen Meynung die Allgemeinheit des Satzes: Daß, weil den gemeinen Kaiſerlichen Rechten nach ſponſalia clandeſtina ſchlechterdings für ungültig zu halten ſind [i]), der geſchehe-

g) VOET. *Tit. de R. N. n.* 11. STRYCK *de diſſenſ. ſponſalit. Sect.* 4. *c.* 1. §. 22. Eine heimliche ohne der Eltern und Vormünder Einwilligung geſchehene Verlobung, iſt vielmehr nach dem Zeugniß der Rechtslehrer als eine ſtrafbare Verkuppelung mit Gefängniß, und nach Beſchaffenheit der Umſtände, mit der Landesverweiſung zu beſtrafen, Eiſenhart in dem 9ten Theil der Rechtshändel *n.* 9.

h) BOEHMER *in Iur. eccl. Proteſt. Lib.* 4. *Tit.* 1. §. 159.

i) *L.* 2. *D. de R. N. L.* 68. *de iur. dot. L.* 11. *de ſtat. hom.*

ſchehene concubitus ſolche auch unter keinen Umſtänden rechtsbeſtändig machen könne, vielmehr letztere in Abſicht ſeiner rechtlichen Wirkungen nicht ſowohl, als ein unter dem Verſprechen der Ehe geſchehener Beyſchlaf, ſondern vielmehr als ein bloßes, oder gemeines ſtuprum anzuſehen ſey [k]); es wäre dann, daß zu einem insgeheim und ohne der Eltern Einwilligung geſchloſſenen Verlöbniß ſogar die prieſterliche Einſegnung hinzu gekommen ſeyn mögte, da denn eine ſolche bereits vollzogene Ehe, auch bey den Proteſtanten [l]), mit Vorbehalt richterlicher Beſtrafung, nicht leicht wieder getrennt zu werden pfleget [m]), in ſo

k) SCHILTER *Ex.* 36. *Th.* 129. BOEHMER *c. l. Lib.* 4. *Tit.* 2. §. 20. 21. HOMMEL *Rhapſod. Quaeſt. Obſ.* 244.

l) Bey den Katholiken kann die Frage: Ob dergleichen Ehen, die ohne der Eltern Einwilligung geſchloſſen worden, eine rechtsbeſtändige Gültigkeit haben? um ſo weniger vorkommen, als nach dem Schluß der Tridentiniſchen Kirchenverſammlung *Seſſ.* 24. *de Reformat. matrimonii c.* 1. eine Ehe zwar der Regel nach ohne Einwilligung der Eltern nicht geſchloſſen werden darf, inzwiſchen gleichwohl die unter ſolchen Umſtänden einmal vollzogene nicht wieder aufgehoben werden kann. ESPEN *in Iur. eccl. vniu. P.* 2. *Tit.* 12. §. 19.

m) BRÜCKNER *Deciſ. matrimon. P.* 1. *c.* 2. *n.* 90. GRIBNER *de his quae ad reliq. ſacrament. perperam referuntur* §. 29. THOMAS *de validitat. coniug. inuit. parent. contract.* §. 19. 20. BOEHMER *c. l.* §. 22. 24. HARPRECHT *Dec.* 58. *n.* 18. Es ſind inzwiſchen in verſchiedenen Ländern beſondere Verordnungen vorhanden, nach welchen eine jede,

ſoferne anders die prieſterliche Einſegnung nicht von dem einen, oder andern Theile hinterliſtiger und betrüglicher Weiſe verurſachet, und daher an und für ſich ungültig ſeyn ſollte [n]).

Gleichwie es übrigens verſchiedenen beſonderen Landesgeſetzen gemäß iſt, daß derjenige Stuprator, der ſich mit einer gewiſſen Perſon heimlicher Weiſe, und ohne vorgängige Einwilligung der Eltern verlobet, und ſie hienächſt beſchlafen hat, zur Vollziehung der Ehe ſchlechterdings gehalten ſey, wenn anders die geſchwächte Perſon unbeſcholtenen Lebens und Wandels iſt [o]); ſo hat es auch überhaupt keinen Zweifel, daß der Stuprator für ſeine Perſon, und in Ermangelung eines Widerſpruchs der Eltern, nicht befugt ſey, der wider ihn auf die Vollziehung der Ehe gerichteten Klage die exceptionem clandeſtinitatis entgegen zu ſetzen [p]).

Eben dieſelben Grundſätze, die von heimlichen, und ohne der Eltern Vorwiſſen und Einwilli-

de, ohne der Eltern Einwilligung geſchehene Verheirathung ſchlechterdings für ungültig zu halten iſt. ſ. G. L. BOEHMER *de neceſſar. parent. conſenſu in nupt. liberor.*

n) *c.* 26. X. *de ſponſal. c.* 2. *de pact. in* 6. STRYCK *de diſſenſ. ſponſalit. Sect.* 2. §. 9. *ſeqq.* Eiſenhart in dem 4ten Theil der Rechtshändel *n.* 17.

o) PUFENDORF *Tom.* 4. *Obſ.* 46.

p) TITTEL *Diſſ. de exceptione ſponſaliorum clandeſtinorum ab ipſo contrahente oppoſita. Ien.* 1754.

willigung [q]) geſchloſſenen Verlöbniſſen gelten, finden zwar nicht nach gemeinen [r]), wohl aber nach Mecklenburgiſchen Rechten [s]) auch in dem Fall ſtatt, wenn die Einwilligung der Curatoren ermangelt, und es iſt demnach eine Perſon, die unter Hoffnung der Ehe geſchwängert ſeyn will, damit nur ſodann zu hören, wenn der Beyſchlaf auf eine ſolche Eheberedung, die mit des Curatoris Einwilligung geſchloſſen worden, gefolget ſeyn ſollte.

In dem Fall, da von keinen eigentlichen ſponſalibus clandeſtinis, oder von ſolchen Verlöbniſſen, die ohne der Eltern Einwilligung geſchloſſen worden, die Rede wäre, iſt ein jeder Beyſchlaf als ein ſolcher, der unter der Hoffnung der Ehe geſchehen, anzuſehen, der nämlich auf ſolche Verlöbniſſe, die an und für ſich gültig und rechtsbeſtändig ſind, folget, und ſolchergeſtalt das Vorhaben, die Ehe zu vollziehen, dadurch beſtätiget wird [t]). In einem ſolchen Fall ſoll Inhalts der Vorſchriften des Canoniſchen Rechts der Stuprator

q) Daß auch nach den deutſchen Rechten und Gewohnheiten zu den Verlöbniſſen der Kinder die Einwilligung der Mutter eben ſowohl, als des Vaters erfodert, inzwiſchen im Colliſions-Fall die Einwilligung des letzteren vorgezogen werde, leidet nicht den mindeſten Zweifel. BOEHMER *in Iur. eccl. Proteſt. Lib.* 4. *Tit.* 2. §. 9.

r) *L.* 6. *D. de ſponſal. L.* 8. *de C. nupt.*

s) Die Mecklenburgiſche revidirte Kirchenordnung Fol. 152. *Select. Iurid. Roſtoch. Faſcic.* 3. *Spec.* 19. *q.* 2.

t) LEYSER *Spec.* 260. *n.* 6.

prator ſchlechterdings angehalten werden, die von ihm geſchwächte Perſon zu ehelichen, wenn er auch gleich ſich bereits eine andere antrauen laſſen, und mit derſelben wohl gar den Beyſchlaf vollbracht hätte [u]). Das Proteſtantiſche Kirchenrecht ſtimmet hierunter nach dem Zeugniß der angeſehenſten Rechtslehrer mit dem Canoniſchen Recht überein. Denn, der angezogene Fall iſt gerade derjenige, in welchem die an ſich papiſtiſche Lehre von den ſponſalibus de praeſenti [x]) nach der mehreſten Meynung annoch zur Anwendung kommt, indem auch bey den Proteſtanten das durch den erfolgten Beyſchlaf beſtätigte Verlöbniß der Ehe ſelbſt gleich, folglich auch wider Willen des einen Theils für verbindlich geachtet, und ſogar bey des letzteren etwanigen Abweſenheit, die Ehe von Gerichtswegen für rechtsbeſtändig und gültig erkannt zu werden pfleget [y]).

Ob

u) c. 30. X. *de ſponſal.* v. is, qui fidem dedit mulieri ſuper matrimonio contrahendo carnali copula ſubſecuta, etſi in facie eccleſiae ducat aliam et cognoſcat, ad primam redire tenetur: quia licet praeſumptum primum matrimonium videatur, contra praeſumtionem tamen huiusmodi non eſt probatio admittenda. Ex quo ſequitur, quod nec verum, nec aliquod cenſetur matrimonium, quod de facto eſt poſtmodum ſubſecutum *add. c.* 22. X. *eod.*

x) BALSER *de cauſ. ac origine diſtinct. ſponſal. de praeſenti et de futuro. Gieſſ.* 1746. Herr geheime Rath NETTELBLADT *de genuin. concept. ſponſal. de praeſenti et de futuro.*

y) BOEHMER *in Iur. eccl. Proteſt. Lib.* 4. *Tit.* 1. §. 46. 56.

Ob nun zwar nach dem Kirchenrecht der Proteſtanten ein jeder Beyſchlaf für einen ſolchen, der unter Hoffnung der Ehe geſchehen, anzuſehen iſt, der auf ein vorhergegangenes Verlöbniß folget, ohne zu unterſcheiden, ob letzteres in einiger Zeugen Gegenwart, oder insgeheim geſchloſſen worden, in ſoferne nur nicht der Eltern Einwilligung bey dem vollzogenen Verlöbniß ermangelt hat; ſo iſt gleichwohl in denjenigen Ländern, wo zur Gültigkeit der Verlöbniſſe die Gegenwart der Zeugen erfodert wird, billig ein anderes anzunehmen. Denn, in dem Fall, da die Landesgeſetze nicht ſowohl des Beweiſes, als vielmehr der Gültigkeit wegen, bey Verlöbniſſen Zeugen erfodern, iſt auch eine Perſon, die unter der gemachten Hoffnung der Ehe beſchlafen ſeyn will, damit nicht zu hören, wenn jene Hoffnung insgeheim, und ohne daß einige Zeugen zugezogen worden wären, gemacht ſeyn mögte [z]. Denn, da ſolchergeſtalt nach

z) Dieſes findet beſonders in Mecklenburg ſtatt, ſ. die Mecklenburgiſche Policey-Ordnung von 1572. Tit. von heimlichen Verlöbniſſen, imgleichen die revidirte Kirchen-Ordnung S. 132. „Wenn nun die Perſonen alſo ordentlich auf vorhergehendes Gebet mit der Eltern, oder Vormünder, „oder ihrer eigen Bewilligung, in der Kirchen, oder „in den Häuſern in Gegenwart ehrlicher Männer „und Zeugen im Namen der heiligen Dreyfaltigkeit verlobt ſeyn, ſo mügen ſolche Verlöbniß nicht „wieder getrennet werden. So aber Perſonen in „Unzucht geraten würden, da das eine Theil „dem andern Urſache gegeben, in Hofnung „die

nach den Landesgeſetzen ein ſolches Verſprechen der Ehe an ſich kraftlos und unverbindlich iſt; ſo kann auch darauf unter keinen Umſtänden eine gegründete Hoffnung zur Vollziehung der Ehe gebauet werden, mithin iſt der auf ein ſolches Verſprechen etwa folgende Beyſchlaf lediglich als ein gemeines Stuprum anzuſehen, folglich der Stuprator zur Vollziehung der Ehe nicht ſchlechterdings, ſondern nur in dem Fall, da er der geſchwächten Perſon keine andere Art der Abfindung leiſten kann, gehalten.

Wenn

„die Ehe dadurch zu erzwingen, und doch „die Zuſage heimlich iſt, und nicht kann erwieſen werden, ſo ſoll der Pfarrherr dieſelbige zur Ehe nicht nöthigen, damit nicht „andere mehr ſolche gelegenheit ſuchen und „die Unzucht und Hubrerey hiedurch geſtärcket werde.“ Weil inzwiſchen nach verſchiedener einheimiſchen Rechtslehrer Zeugniß, ein Verlöbniß, das zwar ohne Zeugen Gegenwart, inzwiſchen mit beyderſeits Eltern Einwilligung geſchloſſen worden, nicht für heimlich, mithin für verbothen anzuſehen iſt, FESTINGIVS *in relat. caſ. matrimonial. in Conſiſtorio ducal. Megapolitan.*, *nec non in Facult. Iurid. Roſtoch. ventilatorum.* MANTZEL *in Iur. Mecklenb. et Lubec. illuſtrato Centur.* 1. *Iud.* 60. und *Centur.* 5. *Iud.* 86—90., ſo ſcheinet es auch keinen Zweifel zu haben, daß der Concubitus, der zu einem ſolchen beſchriebenen Verlöbniß hinzugekommen iſt, in Abſicht ſeiner rechtlichen Wirkungen, auch in den Mecklenburgſchen Landen als ein unter der Hofnung der Ehe geſchehener Beyſchlaf anzuſehen ſey.

Wenn gleich nach dem gemeinen Kirchenrecht in Deutſchland ein jeder Beyſchlaf, der auf ein vorgängiges Verlöbniß folget, ohne Unterſchied, ob letzteres insgeheim, oder in einiger Zeugen Gegenwart, geſchloſſen worden, für einen ſolchen, der in der Hoffnung der Ehe geſchehen, anzuſehen iſt; ſo iſt gleichwohl, meinem Bedünken nach, nicht ein jedes Verſprechen der Ehe, das entweder während der gepflogenen Unzucht, oder doch wenigſtens unmittelbar vor deren Vollbringung, gemacht worden, dazu hinreichend. Denn, bey der Annahme der gegenſeitigen Meynung würden eines Theils, wo nicht alle und jede Stupra, doch wenigſtens die allermeiſten, als ſolche, die unter der Hoffnung der zu vollziehenden Ehe vollbracht worden, angeſehen werden müſſen, und andern Theils ſetzet, bekannten Rechten nach, ein jedes verbindliches Verſprechen den freyen und wohl überlegten Entſchluß desjenigen, der die Abſicht hat, ſich verbindlich zu machen, zum voraus. Jener freye Entſchluß ermangelt, ſo viel ich ſehe, offenbar bey demjenigen, der entweder während der Unzucht, oder auch kurz und unmittelbar vor derſelben, das Verſprechen zu ehelichen gethan hat, und daher kann auch das letztere nicht für verbindlich und rechtsbeſtändig angeſehen werden. Es ſind zwar verſchiedene Rechtslehrer aus dem als richtig angenommenen Grunde: weil nämlich von der Geſchwächten nicht zu vermuthen ſey, daß ſie ohne wahrſcheinliche Hoffnung der Ehe ihre Keuſchheit dem Stuprator werde aufgeopfert haben, vielmehr durch das Verſprechen der Ehe zur Vollbringung

der

der Unzucht lediglich gebracht worden ſey, der gegentheiligen Meynung [a]). Dieſe Rechtslehrer behaupten, daß ein während der gepflogenenen Unzucht gethanes Verſprechen der Ehe zu deren Vollziehung ſchlechterdings verbinde, und daß im Läugnungsfall der Stuprator ſich eydlich zu reinigen verbunden ſey [b]). Würde nun gleich der Stuprator den Reinigungs-Eyd würklich ableiſten, ſo bliebe er dem ohngeachtet, wenn er das Stuprum ſelbſt nicht abläugnen könnte, der Geſchwächten zur Ausſteuer, oder einer verhältnißmäßigen Abfindung gehalten [c]). Noch andere Rechtslehrer behaupten ſogar, daß eine Geſchwächte, die dem Stuprator am Stand gleich iſt, und die ſich ſonſt in ihrer Aufführung züchtig und rühmlich verhalten hat, wegen ihrer Angabe, daß ſie ſich unter dem Verſprechen der Ehe habe ſchwängern laſſen, bewandten Umſtänden nach, zum Erfüllungs-Eyde zuzulaſſen ſey, zumal wenn der Stuprator die würklich getriebene Unzucht nicht in Abrede ſtellen könnte [d]). Allein, vermöge der vorhin angeführten Gründe läßt ſich ſo wenig die eine, als die andere Meynung mit genugſamen Grunde vertheidigen, und es iſt, meinem Bedünken nach, dem Stuprator ſo wenig über die Fra-

a) *Arg. L. 25. D. de probat. c. 26. X. de ſponſal.*

b) CARPZOV. *in Iurispr. forenſ. P. 1. Conſt. 22. Def.* 4. und 5. und *in Pract. rer. crimin. P. 2. q. 68. n. 91. ſeqq.*

c) CARPZOV. *Pract. rer. crimin. c. l. n. 103.*

d) *Select. Iurid. Roſtoch. Faſc. 13. Spec. 21. q. 2.*

ge: ob er während der Unzucht das Verſprechen der Ehe gethan habe? der Eyd zu deferiren, als die Geſchwächte darüber zum Erfüllungs-Eyde zuzulaſſen iſt. Gegentheils iſt inzwiſchen, meiner Einſicht nach, derjenige Beyſchlaf, der ſich auf ein vorhergegangenes ſchriftliches, oder mündliches ernſthaftes Verſprechen der Ehe gründet, für einen ſolchen, der unter der Hoffnung der Ehe geſchehen, billig anzuſehen; wenn anders das bemeldete Verſprechen nicht bloß während der Unzucht, oder unmittelbar vor derſelben, geſchehen, ſondern wenigſtens zwiſchen dem Verſprechen der Ehe und der würklich getrieben Unzucht ein ſolcher Zeitraum, in welchem derjenige, der das Verſprechen gethan hat, eine genugſame Ueberlegung ſeiner Handlung anſtellen können, verfloſſen iſt. Sollte ſodann der Beyſchlaf, ohne daß jenes Verſprechen der Ehe wiederrufen worden, wenn es gleich während der Unzucht nicht noch einmal beſtätiget worden wäre, würklich erfolgen; ſo iſt die fleiſchliche Vermiſchung, wenigſtens in denjenigen Ländern woſelbſt zu der Gültigkeit eines Verlöbniſſes nach den Landesgeſetzen nicht beſonders Zeugen erfodert werden, in Abſicht ihrer rechtlichen Folgen als eine ſolche, die unter der Hoffnung der Ehe geſchehen iſt, anzuſehen, und der Stuprator, im Fall er ſui iuris *) iſt, ſodann, wenn er jenes Verſprechen

*) Daß gerade der Stuprator volljährig ſeyn müſſe, der unter dem Verſprechen der Ehe ſich mit einer andern fleiſchlich vermiſchet haben ſoll, iſt wenigſtens an denjenigen Oertern nicht erfoderlich, woſelbſt

ſprechen zu läugnen nicht begehret, oder auch deſſelben rechtlich überwieſen wird, zur Vollziehung der Ehe ſchlechterdings gehalten, in ſoferne anders die geſchwächte Perſon unbeſcholtenen Lebens und Wandels ſeyn, und auf die würkliche Vollziehung der Ehe beſtehen ſollte.[f]). Daß auch der Geſchwächten in Ermangelung näherer Beweiſe, wegen des unter den angezogenen Umſtänden gethanen Verſprechens der Ehe, die Eydesdelation frey bleibe, iſt nach dem Gerichtsgebrauch nicht dem mindeſten Zweifel unterworfen [g]). So weniges Bedenken es übrigens haben kann, daß eine Geſchwächte, die unter dem Verſprechen der Ehe Unzucht getrieben haben will, aus dem Grunde, weil ſie gleichwohl nicht ſchwanger geworden, mit ihrem Begehren nicht abzuweiſen ſey [h]), wenn anders der würklich verübte concubitus nicht zu bezweifeln ſtehet; eben ſo ausgemachten Rechtens iſt es, daß auch eine Wittwe von unbeſcholtenem Leben und Wandel mit dem Vorgeben, daß ſie unter

 der

ſelbſt die Einwilligung der Curatoren Inhalts gemeiner Rechte zur Gültigkeit eines Verlöbniſſes nicht unumgänglich nothwendig iſt.

f) *L. 26. D. de V. O. c. 8. X. de pact.* CARPZOV. *Pr. Crim. c. l. n.* 102.

g) BOEHMER *in Iur. eccl. Proteſt. Lib. 2. Tit. 24.* §. 60. CARPZOV. *Iuriſpr. eccleſ. L. 2. Def.* 233. *L. 3. Def.* 44. und *in Iuriſpr. forenſ. P. 1. Conſt.* 12. *Def.* 30.

h) *Arg. c. 1. X. de adulter.* WERNHER *P. 8. Obſ.* 301. LYNCKER *Dec.* 1000.

der gemachten Hoffnung der Ehe die Unzucht vollbracht habe, in Ermangelung anderer erheblichen Gründe vom Gegentheil, damit zu hören ſey [i]). Gegentheils iſt inzwiſchen diejenige Perſon, die bey ihres Ehemannes Lebzeiten mit einem andern unter dem Verſprechen der Ehe Unzucht getrieben haben will, nicht allein mit ihrem darauf gebaueten Antrage ſofort abzuweiſen, ſondern auch als eine bekannte und überwieſene Ehebrecherinn zu beſtrafen [k]).

Zur Verhüthung der Unzuchten wollen im Schwediſch Pommerſchen unterſchiedene Landesgeſetze von den Jahren 1722 und 1775, daß nahen Anverwandten, beſonders Geſchwiſter-Kindern, die ſich auf einen Beyſchlaf unter dem Verſprechen der Ehe berufen, die nachgeſuchte Diſpenſation zur Vollziehung ihrer Heirath abgeſchlagen werden ſolle.

i) BERGER *in Oecon. Iur. Lib.* 3. *Tit.* II. *Th.* 4. *n.* 12. Struben in dem 3ten Theil der rechtl. Bedenken *n.* 147.

k) *c.* 6. X. *de eo qui dux. in matrimon.* BOEHMER *in Iur. eccl. Proteſt. Lib.* 4. *Tit.* 7. §. 3. 5. SCHORCH *Sent.* 69. *n.* 11—15. HVBER *Praelect. ad Pandect. Tit. de ſponſal. n.* 4.

XXX.

Ob die väterliche Verordnung, vermöge welcher eine Gemeinſchaft von den Kindern noch auf gewiſſe Zeit nach des Vaters, oder der Eltern Tode fortzuſetzen iſt, für verbindlich und rechtsbeſtändig zu achten ſey.

Weil die Erfahrung lehret, daß gemeinſchaftliche Dinge am meiſten Zank und Zwietracht zu erzeugen pflegen [a]), ſo ſind auch bekanntlich die Geſetze einer jeden Gemeinſchaft dergeſtalt entgegen, daß ſie niemand wider Willen zwingen, in derſelben zu verbleiben [b]), wenn gleich ſolche vertragsweiſe auf immerwährend wäre geſchloſſen worden [c]). Es ſtehet vielmehr einem jeden einzelnen Maſcopey-Bruder frey, die bisherige Gemeinſchaft, auch ſogar wider Willen der übrigen, aufzurufen [d]), wenn nur ſolche Aufrufung

a) *L. 77. §. 20. de legat. 2. L. 26. §. 4. de condict. indeb. L. 34. C. de donat. L. 26. de ſeruitut. praed. vrbanor.*

b) *L. 5. C. comm. diuidund.* v. in communione vel ſocietate nemo compellitur inuitus detineri.

c) *L. 14. D. pro Socio.*

d) *L. 65. §. 3. pro Socio §. 4. Inſt. de Societat. L. 77. §. 20. de legat. 2.*

rufung ſo wenig aus betrüglichen Abſichten, als um ſich mit anderer Schaden zu bereichern, geſchicht [e]). Zwar pflegen der Regel nach auch Verträge auf die Erben zu gehen, in ſo fern ſie ſich nicht lediglich und allein auf eine beſtimmte Perſon beziehen, der Mascopey-Contract aber erlöſchet ſo fort mit dem Tode des Mascopey-Bruders [f]), wenn gleich in deſſelben letztem Willen, oder auch in dem Mascopey-Contract, ein anderes feſtgeſetzet ſeyn ſollte [g]). Hiebey aber hat es keinen Zweifel, daß der Erbe eines Mascopey-Bruders ſowohl dasjenige, was ſein Erblaſſer annoch unvollendet gelaſſen hatte, zu Stande bringen [h]), als die Schäden und Koſten, weshalb jener der ganzen Mascopey verhaftet war, erſetzen müſſe [i]).

Wenn nun gleich der Satz, daß ein Mascopey-Contract ſich nicht auf die Erben erſtrecke, ſeine ungezweifelte Richtigkeit hat, ſo iſt es gleichwohl keinem Zweifel unterworfen, daß derſelbe in der Anwendung verſchiedene Einſchränkungen zulaſſe.

e) *L.* 17. §. 2. *L.* 65. §. 5. und 6. *pro Socio* §. 4. *Inſt. de Societat.*

f) *L.* 4. *L.* 52. §. 9. *L.* 63. §. 10. *L.* 65. §. 9. *pro Socio* §. 5. *Inſt. de Societat.*

g) *L.* 1. *pr. L.* 35. 37. 59. *D. pro Socio. L.* 14. §. 2. *comm. diuidund.*

h) *L.* 40. *D. pro Socio.* Haeres ſocii, quamuis Socius non eſt, tamen ea, quae per defunctum inchoata ſunt, per heredem explicari debent, in quibus dolus eius admitti poteſt.

i) *L.* 36. *L.* 63. §. 8. *L.* 65. §. 9. *pro Socio.*

zulaſſe. Denn, wenn der Mascopey-Contract ſich nicht lediglich auf den Privatnutzen derjenigen, die ihn ſchließen, einſchränket, vielmehr ein allgemeines, oder öffentliches Intereſſe mit einſchläget, ſo kann er ſo wenig einſeitig aufgerufen werden, daß im Gegentheil vielmehr die Verabredung und Feſtſetzung, wie auch die Erben in der Gemeinſchaft verbleiben ſollen, eine verbindliche Kraft hat [k]). Es verſtehet ſich inzwiſchen hiebey von ſelbſt, daß es völlig entſchieden ſeyn müſſe, daß die Aufhebung der Gemeinſchaft mit dem Tode der contrahirenden Theile dem gemeinen Beſten nachtheilig ſey. Denn in Ermangelung eines ſolchen Beweiſes, hat es bey dem allgemeinen Satz, daß die Mascopey niemals auf die Erben gehe, lediglich das Bewenden [l]).

Ein Mascopey-Contract kann auch ſo wenig einſeitig aufgerufen werden, daß er vielmehr auf die Erben gehet, wenn er ſich bloß auf eine gewiſſe Zeit, oder auf einen gewiſſen Umſtand, oder auf die Erfüllung dieſer oder jener Bedingung be-

 ziehet,

k) *L.* 59. *D. pro Socio* v. adeo morte ſocii ſoluitur ſocietas, vt nec ab initio paciſci poſſimus, vt heres etiam ſuccedat ſocietati: haec ita in privatis ſocietatibus ait: *in Societate vectigalium nihilominus manet Societas et poſt mortem alicuius. c.* 6. *X. de praebend.* BERGER *in Oecon. Iur. Lib.* 3. *Tit.* 5. *Th.* 33. *n.* 2. 4. 5. STRYCK *in V. M. Tit. pro Socio* §. 34. SCHILTER *in Prax. Iur. Rom. in for. Germ. Lib.* 17. *Tit.* 2. §. 14.

l) LEYSER *Spec.* 186. *n.* 3.

ziehet [m]), und es im übrigen an einer rechtmäßigen Urſache, ihn dem ohngeachtet aufrufen zu können, ermangelt [n]). Diejenigen Rechtslehrer, welche dieſe Sätze vertheidigen, berufen ſich darauf, daß nicht allein alle ſolche Verträge, die nicht lediglich gewiſſe perſönliche Zuſtände zum vorausſetzen, auf die Erben gehen, ſondern auch beſonders den Geſetzen nach, der Erbe eines Mascopey-Bruders dasjenige, was ſein Erblaſſer unvollendet gelaſſen hatte, zu Stande bringen müſſe [o]).

Dasjenige, was überhaupt von einem auf gewiſſe Zeit geſchloſſenen Mascopey-Contract gilt, wollen einige Rechtslehrer beſonders auch auf Kaufleute angewandt wiſſen, indem ſie behaupten, daß deren Erben den von ihrem Erblaſſer mit andern auf eine gewiſſe und beſtimmte Zeit geſchloſſenen Handels-Vertrag vor Ablauf ſolcher Zeit nicht aufrufen können [p]). Denenjenigen Einſchränkungen, unter welchen eine Gemeinſchaft ſich

m) *L.* 14. §. 2. *comm. diuidund.* v. ſi conueniat, ne omnino diuiſio fiat, huiusmodi pactum nullas vires habere, manifeſtiſſimum eſt. *Sin autem intra certum tempus, quod etiam ipſius rei qualitati prodeſt, valet. L.* 65. §. 6. *pro Socio. L.* 4. *de condit. inſtit.* LEYSER *c. l. Med.* I.

n) *L.* 14. 16. 65. §. 5. und 6. *pro Socio.* STRVV. *Syntagm. Iur. Ciu. Ex.* 22. *Th.* 41. *n.* II. LAVTERBACH *Coll. Th. Pract. Tit. pro Socio* §. 22. 37. MENCKEN *Th. et Pr. Tit. pro Socio* §. 16.

o) *L.* 40. *D. pro Socio.*

p) WERNHER *P.* I. *Obſ.* 167.

ſich auch auf die Erben erſtrecket, wollen andere Rechtslehrer noch folgende Fälle beygefüget wiſſen, wenn der Mascopey = Contract ſchon über dreyßig Jahre beſtanden, folglich die actio communi dividundo bereits verjähret worden [q]), oder, wenn man dieſe, oder jene Sachen nicht ſowohl als gemeinſchaftliche, ſondern vielmehr als eigenthümliche innerhalb der in den Geſetzen beſtimmten Friſt beſeſſen habe [r]); oder wenn die Auseinanderſetzung nicht ohne viele Schwierigkeiten geſchehen könnte; oder wenn aus vernünftigen Gründen z. B. zur Erhaltung des Anſehens der Familie oder eines gewiſſen Standes, etwa vertragsweiſe feſtgeſetzet worden, daß die Gemeinſchaft nicht aufgehoben werden ſolle, oder wenn gewiſſe gemeinſchaftliche Güther von einem der Mascopey-Brüder aus ungebührlichen Abſichten veräuſſert, oder vermöge einer langen Gewohnheit untheilbar geworden ſeyn mögten [s]). Obwohl verſchiedene Rechtslehrer [t]) zu den Fällen, da die angefangene Gemeinſchaft ſich auf die Erben erſtrecket, auch den Fall zu rechnen pflegen, da ſolches von dem Erblaſſer eydlich verſprochen worden, und dabey kein Zank und Zwietracht aus einer ſolchen Fortſetzung zu befahren iſt [u]), ſo wollen gleichwohl andere

q) MEVIVS *P.* 9. *Dec.* 157.

r) *L.* 1. §. 1. *C. de annal. except.* PVFENDORF *T.* 2. *Obſ.* 42.

s) *L.* 12. *de alienat. iud. mutand. cauſ.*

t) WERNHER *P.* 1. *Obſ.* 167. BRVNNEM. *ad L. fin. C. comm. diuidund.*

u) *Arg. cap.* 28. X. *de Iureiur.*

dere aus beſſeren Gründen, daß eine ſolche endliche Verſicherung des Erblaſſers, in Abſicht der Erben an und für ſich betrachtet, von keiner verbindlichen Kraft ſeyn könne [x]).

Es entſtehet inzwiſchen noch beſonders die Frage: ob auch die väterliche Verordnung, mittelſt welcher die Kinder zur Fortſetzung einer gewiſſen Gemeinſchaft auf eine beſtimmte Zeit angewieſen werden, zu den bisher angeführten Einſchränkungen und Ausnahmen gerechnet werden könne? Zwar kann in dem Fall, wann eine ſolche väterliche Verordnung das wahre Beſte der Kinder nicht zum Endzweck haben, vielmehr ihrem Intereſſe nachtheilig ſeyn; und wohl gar zu Zank und zur Zwietracht Anlaß geben möchte, und das eine, oder andere ſeine ausgemachte Richtigkeit hätte, als an ſich ungereimt nicht beſtehen und keine verbindliche Kraft hervorbringen [y]), im übrigen iſt ſie indeſſen der Regel nach verbindlich, und mag auch ſogar alsdann, wann die Kinder ſämtlich volljährig ſind, nicht angefochten werden. Da auch für Eltern die Vermuthung waltet, daß ſie bey allen ihren Anordnungen, die ſich auf ihre Kinder beziehen, das wahre Beſte derſelben ſich lediglich zum Augenmerk geſetzet haben werden [z]), ſo

x) *L.* 63. §. 10. *pro Socio.* SCHILTER *c. l.* §. 17.

y) *L. fin. C. de bon. quae lib.* MEV. *P.* 5. *Dec.* 67. *n.* 12. PVFENDORF *Tom.* 3. *Obſ.* 11.

z) *L.* 22. §. *vlt. ad L. Iul. de adulter. L.* 4. *C. de ſponſal. L.* 36. §. *vlt. de excuſat. tut. de* CRAMER *Tom.* 3. *Obſ.* 926.

ſo ſind die letzteren mit ihren Einwendungen wider die anbefohlene Fortſetzung der Gemeinſchaft nur ſodann zu hören, wenn ſie das daraus entſtehende Nachtheil unbezweifelt zu zeigen im Stande ſind. Weil auch ferner Kinder den Willen ihrer Eltern genau zu erfüllen [a]), und ſich ſogar die von dieſen vorgenommenen Theilungen auch ſodann gefallen zu laſſen verbunden ſind, wenn ſie auch ungleich geſchehen wären, und dieſem, oder jenem dadurch ein größerer Vortheil als dem andern zuwüchſe [b]), ſo ergiebet ſich daraus von ſelbſt, daß Kinder allein aus dem Grunde, weil dieſer, oder jener von ihnen aus der Fortſetzung der Gemeinſchaft gröſſeren Nutzen, als der andere hat, nicht befugt ſind, der väterlichen Verfügung zuwider, die Gemeinſchaft vor der beſtimmten Zeit aufzurufen. Wie inzwiſchen eine immerwährende Gemeinſchaft den Geſetzen ſchon an und vor ſich zuwider iſt [c]), woferne nicht das allgemeine Beſte unumgänglich das Gegentheil erheiſchte [d]), ſo iſt ſie auch eben darum ſelbſt, wenn ſie in einer väterlichen Verordnung befohlen wäre, von den Kindern doch füglich aufzurufen, und eine ſolche väterliche Verord-

a) *L.* 1. *C. de offic. Praetor. L.* 28. *C. de inoffic. teſtament.*

b) *L.* 21. und 36. *C. famil. erciſc. L.* 8. *C. de inoffic. teſtament. Nouell.* 18. *c.* 7. *Nouell.* 107. *c.* 3. CARPZOV. *P.* 2. *Conſt.* 12. *Def.* 17.

c) *L.* 70. *pro Socio L.* 14. §. 2. *comm. diuidund. L.* 5. *C. comm. diuidund.*

d) *L.* 59. *pro Socio.*

ordnung an und vor ſich völlig kraftlos und unverbindlich [e]).

Da auch, bekannten Rechten nach, der den Kindern gebührende Pflichttheil keine Beſchwerung, oder Einſchränkung zuläßt, vielmehr ein jeder, auch bevorzügter letzter Wille, wenn er jenen verletzet, ungültig iſt [f]), ſo erhellet auch hieraus von ſelbſt, daß die in der väterlichen Diſpoſition gegründete Fortſetzung der Gemeinſchaft, wenigſtens in ſoferne ungültig und unverbindlich ſey, als dadurch den Kindern in ihrem Pflichttheil eine erweisliche Verletzung, oder Beſchwerung zugefüget ſeyn ſollte. Es ſind auch dieſe Grundſätze um ſo weniger erheblichen Einwürfen ausgeſetzet, als, ſchon angeführtermaßen, eine Fortſetzung der Gemeinſchaft, die zwar von den Eltern befohlen worden, allein den Kindern offenbar ſchädlich iſt, von ſelbſt wegfällt, und keine Verbindlichkeit hervorbringet. Weil auch ferner, eben ſo bekannten Rechten nach, bey der Beſtimmuug der Verlezzung im Pflichttheil nicht ſowohl auf den Anſchlag der Eltern, als vielmehr auf den eigentlichen und wahren Vermögenszuſtand bey dem erfolgten Ableben desjenigen, der ihn zu hinterlaſſen verbunden, zu ſehen iſt [g]), ſo erhellet auch daraus von ſelbſt, daß es in keine Wege auf die Meynungen und

e) BRUNNEM. *ad L.* 14. *comm. diuidund. n.* 7.

f) *L.* 30. und 31. *C. de inoffic. teſtament.*

g) *L.* 32. und 36. §. 1. *C. de inoffic. teſtament.* WERNHER *P.* 1. *Obſ.* 185. BERGER *Elect. Proc. Tit.* 45. *Obſ.* 7. *n.* 5.

und Vorſtellungen der Eltern, die ſie ſich etwa von der Fortſetzung der Gemeinſchaft gemacht haben, ankomme, ſondern daß die Kinder, wenn ſie eine Beſchwerung im Pflichttheil zu zeigen vermögend ſind, allerdings dawider gehöret werden müſſen. Führen die Kinder einen ſolchen Beweis würklich, ſo hat die anbefohlene Fortſetzung der Gemeinſchaft nicht ſtatt, und ſogar einzelne von den Kindern haben unter ſolchen Umſtänden ein Recht, ſich dawider zu ſetzen und aufzulehnen [h]). Dahingegen ſind die Kinder zur Fortſetzung der entweder von beyden, oder einem, ihrer Eltern anbefohlenen Gemeinſchaft ſchlechterdings gehalten, wenn entweder der daher erwachſende Vortheil für die Mehreſten außer Streit geſetzet, oder wenigſtens ein daher entſtehender Nachtheil nicht zu beweiſen iſt. Denn, unter ſolchen Umſtänden ſtreitet für eine ſolche Anordnung allemal die Vermuthung, daß es mit der anbefohlenen Fortſezzung der Gemeinſchaft auf gewiſſe Zeit, auf das wahre Beſte der Kinder angeſehn ſey, und ſie iſt daher ſowohl den Geſetzen, als der Billigkeit nach, unverbrüchlich.

h) *L. 28. D. comm. diuidund.*

XXXI.

Ob und in wieferne die Anverwandtſchaft die Strafe eines Verbrechens mildere?

Daß die Anverwandſchaft mit dem Beleidigten, wenigſtens unter gewiſſen Umſtänden und bey gewiſſen Verbrechen, einen Grund zur Milderung der Strafe abgebe, kann um ſo wenigen erheblichen Zweifeln unterworfen ſeyn, als die Geſetze zum theil dieſe Grundſätze beſtätigen. Denn, nicht allein das Römiſche Recht will den Diebſtahl unter Eltern und Kindern, unter Ehegatten und Miterben nicht nach den gemeinen Regeln der Diebſtähle beurtheilet wiſſen [a]), ſondern auch unſere deutſchen Rechte, beſonders die peinliche Gerichts-Ordnung, ſtimmen damit überein. Nach der letzteren ſollen die Gerichte wegen der Diebſtähle, die unter Ehegatten und von den nächſten Erben begangen worden, ſo wenig von Amtwegen verfahren, als ſelbſt auf erhobene Klage die gemeinen Vorſchriften von Diebſtählen, bey der Beſtrafung in Anwendung bringen [b]).

In

a) *L. 1. 2. 3. D. de act. rer. amotar. L. 5. C. ad L. Cornel. de falſ. L. 4. C. de crimin. expil. hered. L. 3. C. famil. herciſc.*

b) Art. 165. P. G. O. „Item ſo eyner auß leichtfertigkeyt oder Unverſtandt ettwas heymlichs nem „von güttern, der ſunſt eyn nechſter Erb iſt, oder „ſo

In dieſer Vorausſetzung pfleget man nach dem Gerichtsgebrauch Ehegatten wegen der unter einander begangenen Diebereyen, und diejenigen, die dem Geblüte nach die nächſten Erben des Beſtohlnen ſind, nur auf erhobene Beſchwerdeführung zu beſtrafen, ſie aber mit den gewöhnlichen Strafen der Diebſtähle zu verſchonen, und zu einer verhältnißmäßigen Gefängnißſtrafe, oder zur Bezahlung gewiſſer Geldbußen zu verurtheilen [c]). Diejenigen aber, die an den Diebſtählen naher Freunde und Verwandten gefliſſentlich Antheil genommen, und ſolche befördert haben, ſind als andere Diebe anzuſehen und zu beſtrafen [d]). Ob gleich, zumal in peinlichen Sachen, nicht

„ſo ſich dergleichen zwiſchen Mann und Weib begeb, „und eyn Theyl den andern derhalb anklagen wür„de, ſollen Richter und Urtheyler mit Entdeckung „aller Umbſtende bei den Rechtverſtendigen, und an „Orthen und Enden wie zu endt diſer unſer Ord„nung angezeygt, Raths pflegen, auch erfaren, „was in ſolchen Fällen das gemeyn Recht ſei, und „ſich darnach halten. Doch ſoll die Oberkeyt oder „Richter inn diſen Fällen von Ampts wegen nit „Klagen noch ſtraffen.“ GUNTHER *Diſſ. de furto domeſtico. Lipſ.* 1785.

c) CARPZOV. *P.* 4. *Conſt.* 38. *Def.* 3. und *in Pr. Rer. Crimin. P.* 2. *q.* 82. *n.* 42. BOEHMER *ad* CARPZOV. *q.* 82. *Obſ.* 2. und *ad art.* 165. *CC.* §. 5.

d) *L.* 36. §. 1. *de furt.* v. item placuit eum qui filio, vel ſeruo, vel vxori opem fert furtum facientibus, furti teneri: quamuis ipſi furti actione

nicht füglich von einem verſchiedenen Fall auf den andern zu ſchlieſſen iſt [e]); ſo wollen gleichwohl verſchiedene Rechtslehrer, vorzüglich unter Beyſtimmung Sächſiſcher Geſetze [f]), daß die Strafe eines Diebſtahls bey allen Blutsfreunden und ſchwiegerlichen Anverwandten, die ſich mit dem Beſtohlnen, wo nicht in einem indiſpenſablen [g]), doch wenigſtens im vierten Grad der Blutsfreundſchaft, oder Schwägerſchaft befinden, gemildert werden müſſe [h]), die Todesſtrafe aber unter ſolchen Umſtänden niemals ſtatt finden könne, und zum höchſten nur nach dem Unterſchiede, ob von einem kleinen, oder großen Diebſtahl die Rede ſey, entweder auf eine angemeſſene Gefängnißſtrafe, oder auf ewige Landesverweiſung zu erkennen bleibe [i]). Diejenigen Rechtslehrer, die den Art. 165. P. G. O. nur lediglich von ſolchen nächſten Erben, die es dem Geblüte nach ſind, erklären [k]), wollen

ne non conueniantur. *L.* 53. *pr. eod.* LEYSER *Spec.* 656. *n.* 4. 5. 6. Claproth in der Einleitung in ſämtliche ſummariſche Proceſſe, beſonders im peinl. Proceß. S. 5.

e) *L.* 29. *D. de legib. L.* 12. §. 1. *qui et a quib. manumiſſ.*

f) *Conſt. Elect. Saxon* VI. *in Cod. Auguſt. T.* 1. *p.* 134. Vom Diebſtahl verwandter Perſonen.

g) *Arg. L.* 4. *ad L. Pompei. de Parricid.* §. 4. *Inſt. de nupt.*

h) CARPZOV. *cit. quaeſt. n.* 45—50. und *P.* 4. *C.* 38. *Def.* 5.

i) HOMMEL *Rhapſod. Quaeſt. Obſ.* 540. *n.* 4-6.

k) Dieſe dem wahren Sinn des Art. 165. P. G. O. angemeſſene Erklärung wird von BOEHMER *ad art.*

wollen gleichwohl ebenfalls bey ſolchen, die entweder im letzten Willen, oder Vertragsweiſe für Erben des Beſtohlnen erkläret worden, die Strafe gemildert wiſſen *l*). Obgleich ſonſt die bürgerlichen Folgen der Schwägerſchaft wegfallen, wenn diejenige Perſon, worin ſolche ihren Grund hatte, verſterben, oder die eheliche Verbindung ſonſt getrennet werden ſollte *m*); ſo behaupten dennoch die Rechtslehrer, daß der Vortheil der ſchwiegerlichen Verwandten, vermöge deſſen die Strafe des Diebſtahls, unter den angezogenen Umſtänden, gemildert werden müſſe, zu den natürlichen und daher ſtets bleibenden Folgen der Schwägerſchaft zu rechnen ſey, und daher auch, nachdem ſolche durch den Tod, oder die Trennung der Ehe, aufgehoben worden, ſtatt finde *n*).

Ob es gleich, angeführtermaßen, keinen Zweifel hat, daß bey ſolchen Diebſtählen, die von Ehgatten, Kindern und ſolchen, die dem Geblüte nach die nächſten Erben des Beſtohlnen ſind, begangen worden, die Strafe gemildert werden müſſe, auch das Gericht ſodann, nicht ſowohl

 von

art. 165. *CC.* §. 1. gegen die Einwürfe anderer Rechtslehrer aus guten Gründen gerechtfertiget.

l) BOEHMER *cit. loc.* §. 2.

m) *L.* 3. §. 1. *de poſtuland.* v. affinitate non eas accipere debemus, quae quondam fuerunt, ſed praeſentes. *L.* 4. §. 3. *et* 8. *de gradib. et affinib. L.* 3. *C. de donat. inter V. et V.*

n) CARPZOV. *cit. quaeſt. n.* 49. WERNHER *Tom.* 1. *P.* 2. *Obſ.* 381.

von Amtswegen, als vielmehr nur auf erhobene Beſchwerdeführung des beleidigten Theils, verfahren könne; ſo läßt ſich gleichwohl bey dem Mangel beſonderer Landesgeſetze, hievon auf alle und jede Blutsfreunde und ſchwiegerliche Anverwandte, die ſich mit dem Beſtohlnen in dem vierten Grad der Blutsfreundſchaft, oder Schwägerſchaft befinden, kein gültiger Schluß machen, noch weniger ſogar im Allgemeinen folgern, daß jene Art der Blutsfreundſchaft, oder Schwägerſchaft eine Milderungs-Urſache bey allen und jeden Verbrechen ohne Unterſcheid ſeyn müſſe. Denn dasjenige, was hierunter in dem Sächſiſchen Rechte bey Diebſtählen beſonders feſtgeſetzet worden, läßt ſich auſſer Sachſen nicht füglich in Anwendung bringen, vielmehr iſt nach der Regel, und da man nicht ohne Noth und hinlänglichen Grund von den ausdrücklichen Worten eines Geſetzes abgehen muß, im Allgemeinen anzunehmen, daß nur lediglich bey Diebſtählen die Ehe und der Umſtand, daß man dem Geblüte nach der nächſte Erbe des Beſtohlnen ſey, einen Grund zur Milderung der Strafe abgebe, daß man aber hievon ſo wenig auf andere Verbrechen, als auf andere Arten der Blutsfreundſchaft und Schwägerſchaft ſchließen könne. Da auch das Geſetz bey der vorgeſchriebenen Milderung der Strafe unſtreitig den Fall, daß Ehegatten, oder die nächſten Erben den Diebſtahl lediglich aus Leichtfertigkeit, oder Unverſtand begangen haben, vorausſetzet; ſo folget auch hieraus von ſelbſt, daß es bey gefährlichen Diebſtählen, wie auch bey ſolchen, wo ſich viele

Geflif-

Befliſſenheit zeiget, oder wo ſich ſonſtige beſchwerende Umſtände finden, keine Anwendung leide, noch weniger aber auf andere Verbrechen, die zwar auch einen andern an ſeinem Vermögen ſchaden, eigentliche Diebſtähle aber nicht ausmachen, zu ziehen ſey. Im Allgemeinen betrachtet iſt inzwiſchen, meinem Bedünken nach, bey der Frage: Ob die Verwandſchaft als eine gegründete Milderungs-Urſache anzuſehen ſey? noch der Unterſcheid zu machen, ob die Rede von ſolchen Verbrechen ſey, da eben die Verwandſchaft mit zum Begriffe des Verbrechens gehöre, oder nicht? In dem erſten Fall iſt die Verwandtſchaft in keine Wege ein Grund zur Milderung der Strafe, vielmehr iſt nach der Nähe der Blutsfreundſchaft, oder der Schwägerſchaft die Strafe zu ſchärfen, und der Mangel eines genugſamen Beweiſes der vorhandenen Verwandtſchaft giebet ſogar eine Urſache ab, von der Strenge des Geſetzes abgehen, und eine auſſerordentliche Strafe erkennen zu können. Eben hieraus iſt es zu erklären, warum die Ermordung der Eltern, Kinder [o]), Ehegatten und anderer nahen Verwandten härter, als ein gemeiner Mord und Todtſchlag [p]), die eigentliche Blutſchande ſchwerer, als eine bloße fleiſchliche Vermiſchung im verbotenen Grade, und jene nach

o) *L. vn. C. de his qui parent. vel lib. occid. L. 9. ad L. Pompei. de Parricid.* §. 1. *Inſt. de publ. Iudic.* Art. 131. P. O.

p) *Arg. L.* 1. 9. *D. ad L. Pompei. de parricid. Nouella* 18. *c.* 5. Art. 137. P. G. O.

nach der Nähe der Blutsfreundſchaft ſchwerer, als eine andere [q]), eine Kuppeley von einem Ehegatten in Anſehung des andern, und von Eltern in Abſicht ihrer Kinder härter, als eine gemeine Kuppeley [r]), und eine den Eltern von ihren Kindern zugefügte Injurie weit ſchwerer, als eine gemeine Beſchimpfung, beſtrafet werde [s]). In dem andern Fall aber, und wenn die Verwandtſchaft, überhaupt betrachtet, nicht zu dem Begriff desjenigen Verbrechens, wovon die Rede iſt, gehöret, kann dieſelbe, der Regel nach, eben ſo wenig die Strafe des Verbrechens mildern. Denn, ich darf es ja wohl als eine ausgemachte und daher nicht zu bezweifelnde Rechtswahrheit anſehen, daß ein Verbrechen um ſo viel größer, und daher auch um deſto ſtrafbarer ſey, je mehrere Bewegungs-Gründe der Thäter hatte, die ihn davon zurückhalten konnten, und daß daher ein ſolcher, der auſſer den allgemeinen Gründen, die ihn an Begehung eines Verbrechens hindern mußten, auch noch die Verwandtſchaft hatte, weit ſtrafbarer ſey als ein anderer, der bey dem Mangel der letzteren, eben daſſelbe Verbrechen begangen hatte [t]). Bey ſolchen Strafen daher, die in der

q) BERGER *in Oeconom. Iur. Lib.* 3. *Tit.* 11. *Th.* 7. *n.* 3. Meiſter in den rechtl. Erkenntniſſen in peinl. Fällen *Dec.* 15. *n.* 8. und *Dec.* 24.

r) Art. 122. 123. P. G. O.

s) SCHVLTZ *de manu in parent. iniurioſ.* LEYSER *Spec.* 543. *n.* 9.

t) *L.* 7. §. 8. *de iniur. L.* 8. *C. de epiſc. audient.* KOCH *Inſt. Iur. Crimin.* §. 6. Meine Grundſätze des deutſchen peinl. Rechts §. 67.

der ausdrücklichen Beſtimmung der Geſetze ihren Grund haben, kommt die Verwandtſchaft, ſie mag übrigens nahe, oder entfernt ſeyn, als ein hinreichender Grund zur Milderung der Strafe in keinem Betracht [u]), vielmehr iſt ſodann, wenn die Größe des Vorſatzes und eine auffallende Gefliſſenheit ſich beſonders merklich zeiget, die Strafe eher zu ſchärfen, als zu mildern [x]), wenn auch gleich der Fall, da die Anverwandtſchaft zum Begriff des Verbrechens gehöret, nicht vorhanden ſeyn mögte.

Allein, auch bey ſolchen Verbrechen, deren Strafe dem richterlichen Ermeſſen vorbehalten bleibet, kann die Anwerwandtſchaft, an und vor ſich betrachtet, als ein Grund zur Milderung in keine Erwägung kommen, da bey jenen eben die Größe des Vorſatzes der Hauptgrund bleibet, warum entweder auf eine härtere, oder geringere Strafe zu erkennen iſt [y]), ein höherer Grad des Vorſatzes aber, angeführtermaßen, bey Anverwandten, die ſich Verbrechen gegen einander ſchuldig machen, der Regel nach, feſt zu vermuthen ſtehet. Wann inzwiſchen gleich auch bey blos willkührlichen Strafen die Anverwandtſchaft den Richter zur Milde-

u) *Arg. L.* 11. und 16. *de poen.* REINHARTH *de cauſ. ob quas poteſt. mitigand. Iudex ſibi falſ. arrog. Erford.* 1734.

x) *Arg. L.* 3. *C. de epiſc. audient. L.* 3. §. 9. *de re milit.* Art. 113. P. G. O.

y) Meine angeführten Grundſätze §. 101.

Milderung der Strafe nicht bewegen kann, ſo iſt es gleichwohl nicht zu leugnen, daß die mit derſelben häufig verbundene bequeme Gelegenheit, die Schadenerſetzung, die eigene Unvorſichtigkeit des Beſchädigten, die Minderjährigkeit, und andere Gründe, die bey willkührlichen Strafen in vielem Betracht kommen [z]), eine Milderung zuweilen verſchaffen. Ein jeder aber wird inzwiſchen ohne mein Erinnern gewahr, daß unter ſolchen Umſtänden die Strafe nicht wegen der Verwandtſchaft, ſondern vielmehr wegen anderer, die Größe des Vorſatzes ſchwächenden Gründe gemildert werde, wenn gleich die letzteren in der erſteren ihren Urſprung finden ſollten. Würde jedoch die Beſtrafung des Verbrechens für den eigenen guten Namen des Beleidigten nachtheilige Folgen haben können, ſo pfleget man gewöhnlich, nach dem Gerichtsgebrauch, wann nicht ſowohl von ſchweren Verbrechen, und geſetzlichen Strafen, als nur von geringen Verbrechen und willkührlichen Strafen die Rede iſt, die ſonſt verwirkte Strafe, wo nicht gar nachzulaſſen, doch wenigſtens in eine ſolche zu verwandeln, die dem Stande und der Familie des Beleigten ſelbſt unnachtheilig iſt. Aus dieſer Urſache wird ſolchen Vormündern, die zugleich nahe Verwandte ihrer Pflegbefohlnen ſind, wenn ihre Betrügerey und Unterſchlagung nur nicht von einer beſondern Größe iſt, ſtatt der ſchimpflichen Abſetzung, gewöhnlich nur ein anderer an der

z) KOCH *Inſt. Iur. Crimin.* §. 154.

der Seite geſetzet [a]), oder ſie werden auch mit ausdrücklichem Vorbehalt der Ehre, ihrer Dienſte blos entlaſſen, oder wenigſtens mit härteren Strafen, beſonders ſolchen, welche die Ehre rauben, verſchonet. Unter allen Umſtänden pfleget auch ſodann auf die Anverwandtſchaft vieler Betracht genommen und die Strafe, beſonders bey dem erſten Vergehen wohl gar erlaſſen zu werden, wenn die Vorbitte des beleidigten Theils damit verbunden, und zugleich nicht von ſchweren Verbrechen, welche die öffentliche Ruhe und Sicherheit ſtöhren und deren Strafen in den Geſetzen genau beſtimmet worden, die Rede iſt [b]).

a) *L. 9. D. de ſuſpect. tut.* v. Si tutor aliquo vinculo neceſſitudinis, vel affinitatis pupillo conjunctus ſit, vel ſi patronus pupilli liberti tutelam gerit, et quis eorum a tutela remouendus videatur, optimum factum eſt, curatorem ei potius adiungi, quam eundem cum notata fide et exiſtimatione remoueri.

b) LUDOVICI *de interceſſ. innocent. Hal.* 1706. KOCH *c. l.* §. 151.

XXXII.

Ob angeſchwollene Zinſen zum våterlichen Nießbrauch zu rechnen ſeyn?

Wenn gleich nach dem älteren Römiſchen Rechte diejenigen Kinder, die ſich noch unter våterlicher Gewalt befanden, kein eigenthümliches Vermögen hatten, vielmehr alles, was ſie erwarben, ihren Vätern als Eigenthum gehörte [a]), ſo entſtand doch hierunter, anfänglich durch die Einführung der Peculien, nachhin aber dadurch, daß an ſtatt des vormaligen Eigenthums, dem Vater nur der Nießbrauch verblieb [b]), eine große Veränderung [c]). Der Kaiſer Conſtantin ließ zwar anfänglich den Vätern den dritten Theil des Vermögens der Kinder; allein Juſtinian hob das Eigenthum über das Vermögen der Kinder gänzlich auf, und billigte dem Vater zu ſeiner etwanigen Schadloshaltung, nach aufgehobener våterlichen Gewalt, den Nießbrauch über den halben Theil des Vermögens auf Lebenszeit zu [d]).

Hiebey

a) §. 1. *Inſt. per quas perſon. cuique adquiritur.*

b) *L. 1. C. Theod. de matern. bon. L. 6. C. de bon. quae lib. L. 1. C. de bon. matern.*

c) HOFACKER *Iuſt. Iur. Rom.* §. 483. 484.

d) *L. 6. §. 3. C. de bon. quae lib.* v. Cum ante conſtantiniana lege cautum erat, ſi filii familias ab his,

Hiebey iſt es in Ermangelung entgegenſtehender Geſetze, billig auch noch heutiges Tages zu laſſen, inzwiſchen jene den Vätern zugeſtandene geſetzliche Wohlthat, von dem Vermögen der Kinder den halben Theil auf Lebenszeit zum Genießbrauch behalten

his, qui eos in poteſtate habent, nexu paterno per emancipationem liberentur, debere patri tertiam partem bonorum, quae acquiri non ſolent, quaſi remunerationis gratia a filio accipere vel retinere, et ex hac cauſa iterum pars non minima ſubſtantiae liberorum adimebatur, ſancimus, huiusmodi caſu interueniente, et emancipatione liberis impoſita, non tertiam partem dominii rerum minime adquiſitarum, ſed dimidiam vſusfructus apud maiores, qui emancipationem donant, reſidere, exceptis et in hoc caſu caſtrenſibus, et quaſi caſtrenſibus tantummodo peculiis, quibus nihil ex hac cauſa diminuitur. Sic enim nec liberis cuiuscunque ſexus aliquid dominii auferetur, et patribus amplioris patrimonii vſusfructus aſſignabitur. Hoc obtinere et ſi in emancipatione ſibi parentes hoc minime ſeruauerint, ſed niſi ſpecialiter vel in emancipatione huic praemio renuntiauerint, vel donatione facta ſeſe et ab huiusmodi beneficio alienauerint, et in liberos hoc tranſtulerint; manere apud eos etiam tacentes Ius et beneficium vſusfructus retinendi, vt poſt obitum eorum vſusfructus in omnibus memoratis cauſis ad eos perueniat, quorum dominium eſt, ſcilicet ſecundum quod iam diximus in ſucceſſionibus eorum omnibus ſeruandis, quae de maternis et nuptialibus bonis conſuetiſſimis legibus definita ſunt. ſ. auch §. 2. *Inſt. per quas perſonas cuique adquir.*

halten zu dürfen, nur auf den Fall einer ausdrücklich erfolgten Emancipation einzuſchränken, keinesweges aber auf eine ſtillſchweigende, oder auf die Hebung der väterlichen Gewalt durch die Verheyrathung, oder angefangene beſondere Haushaltung der Kinder, auszudehnen [e]). Es ſind jedoch andere Rechtslehrer, die theils wegen des Ausdrucks in dem *L. 6. C. de bon. quae lib. etiam tacentes*, theils aus dem Grunde, weil auch die Römer eine ſtillſchweigende Emancipation gekannt hätten [f]), und daher jene Rechtswohlthat auf beyde Arten der Emancipatien angewandt werden müßte, das Gegentheil behaupten [g]). Wenn auch gleich, in anſcheinender Beſtimmung eines gewöhnlich zum Beweiſe angeführet werdenden Geſetzes [h]), der Vater beſonders das mütterliche Vermö-

e) LAVTERBACH *in Coll. Th. Pract. Tit. de vſufr.* §. 11. HVBER *in Praelect. ad Pandect. Tit. de adopt. et emancipat.* §. 5. BERGER *in Oeconom. Iur. Lib.* 1. *Tit.* 3. *Th.* 16. *n.* 2. PVFENDORF *Tom.* 1. *Obſ.* 98. §. 17.

f) *L.* 25. *pr. de adopt. et emancipat.* v. poſt mortem filiae ſuae, quae, vt materfamilias, quaſi iure emancipata vixerat, et teſtamento ſcriptis heredibus deceſſit, aduerſus factum ſuum quaſi non iure eam, nec praeſentibus teſtibus emancipaſſet, pater mouere controuerſiam prohibetur. *L.* 1. *C. de patr. poteſt.*

g) LEYSER *Spec.* 164. *n.* 5.

h) *L.* 1. *C. de bon. matern.* v. Res, quae ex matris ſucceſſione ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato fuerint ad filios deuolutae, ita ſunt in parentum poteſtate, vt vtendi fruendi duntaxat in diem

Vermögen nicht herausgeben darf, vielmehr ſolches Zeitlebens zum Nießbrauch behält, ſo iſt gleichwohl, nach den gegründeten Bemerkungen anderer Rechtslehrer, jenes Geſetz eigentlich nur von dem Fall, da überall keine Emancipation erfolget, und das Vermögen der Kinder daher in den Händen ihres Vaters bleibet, lediglich zu erklären [i]).

So wenig nun die Beantwortung der Frage: Ob der Vater nach aufgehobener väterlichen Gewalt zu der Herausgabe des Vermögens ſeiner Kinder gehalten ſey? mit Schwierigkeiten umgeben iſt, indem die bejahende Beantwortung derſelben ſogar in den Geſetzen ihre Beſtätigung findet [k]), ſo zweifelhaft ſcheinet hingegen die Frage zu ſeyn: Ob angeſchwollene Zinſen dem Vater gebühren, und daher zum Nießbrauch gehören, oder ob ſolche den Kindern verbleiben und dergeſtalt zu berechnen ſeyn? Alles ſcheinet, meiner wenigen Einſicht nach, darauf anzukommen, ob die Zinſen vor den Anfang des väterlichen Nießbrauchs bereits angeſchwollen geweſen ſind, oder, ob die Anſchwellung allererſt während der Zeit geſchehen ſey,

diem vitae facultatem, dominio videlicet earum ad liberos pertinente. Den Gebrauch dieſes Geſetzes nach dem Wortverſtande vertheidiget HAHN *ad* WESENBEC. *Tit. de emancipat. et adopt. n. vlt.*

i) PVFENDORF *c. l.* §. 2.

k) §. 2. *Inſt. per quas perſon. cuiq. adquir. L.* 6. *C. de bon. quae liber.*

ſey, da der Vater bereits den Nießbrauch des Capitals, wovon nun die Zinſen angeſchwollen ſind, gehabt habe? In dem erſten Fall nehmen die Zinſen die Natur und Eigenſchaft eines Hauptſtuhls an, wovon ſich daher der Vater zwar den Nießbrauch, keinesweges aber das Eigenthum anmaßen darf. Wenigſtens ſcheinet hier der allgemeine Ausſpruch der Geſetze die Stelle eines genugſamen Beweiſes vertreten zu dürfen [l]). Was aber beſonders die Frage betrift: Ob von denjenigen Zinſen, die vor dem Anfang des väterlichen Nießbrauchs angeſchwollen geweſen ſind, dem Vater die gewöhnlichen Zinſen gebühren, und dieſe daher zum väterlichen Nießbrauch gerechnet werden müſſen? ſo ſcheinet die verneinende Antwort, dem erſten Anſehen nach, nicht den mindeſten Zweifel zu haben. Denn, da nach dem Römiſchen Recht das Nehmen der Zinſen von Zinſen, der

l) *cit. L. 6. C. de bon. quae lib.* v. ſi quis itaque filius familias, vel patris ſui vel aui vel proaui in poteſtate conſtitutus aliquid ſibi adquiſiuerit, non ex eius ſubſtantia, cuius in poteſtate ſit, ſed ab aliis quibuscunque cauſis, quae ex liberalitate fortunae vel laboribus ſuis ad eum perueniant; eas ſuis parentibus non in plenum, ſicut antea fuerit ſancitum, ſed vſque ad vſumfructum ſolum acquirat, et eorum vſusfructus quidem apud patrem, vel auum, vel proauum, quorum in ſacris ſit conſtitutus, permaneat; dominium autem filiis familias inhaereat, ad exemplum tam maternarum, quam ex nuptialibus cauſis filiis familias acquiſitarum rerum.

der Regel nach und überhaupt, verboten iſt [m]), ſo mögte auch in dem angezogenen Fall um ſo weniger eine Ausnahme ſtatt finden können, als es an einer geſetzlichen Beſtätigung ermangelt. Weil man inzwiſchen nach dem Gerichtsgebrauch in Deutſchland die Zinſen von Zinſen nur ſodann für unerlaubt zu halten pfleget, wenn mit dem Schaden des Schuldners und wider deſſen Willen der Gläubiger die rückſtändigen Zinſen eigenmächtig zu Capital macht, und davon jährlich wieder Zinſen berechnet, im Gegentheil aber dem Gläubiger zugeſteht, daß er, von den angeſchwollenen Zinſen mit Bewilligung des Schuldners ein beſonderes und Zinſen tragendes Capital machen könne [n]); ſo wird es auch auf dieſen Unterſcheid am meiſten ankommen, wenn man richtig beſtimmen will, ob dem Vater die Zinſen von denjenigen Zinſen, die vor dem Anfang des väterlichen Nießbrauchs bereits angeſchwollen geweſen ſind, gebühren, oder nicht? Denn, nur allein in dem Fall, wenn von den letzteren mit Bewilligung des Schuldners ein zinsbares Capital gemacht worden, kann ſich der Vater während der Zeit ſeines Nießbrauchs davon die jährlichen Zinſen anmaßen, und ſolche zu ſeinem Nießbrauch rechnen. Es verſtehet ſich inzwiſchen in

m) *L.* 29. *D.* und *L.* 28. *C. de vſur. L.* 27. *de re iud. L.* 2. §. 5. *de adminiſtr. rer. ad ciuitat. pertinent. L.* 3. *C. de vſur. rei iudicat. L.* 26. §. 1. *de condict. indeb.*

n) MEV. *P.* 4. *Dec.* 213. BOEHMER *ad* CARPZOV. *q.* 92. *Obſ.* 5. MANTZEL *de anatociſmo licito vel illicito.*

in alle Wege von ſelbſt, daß der Schuldner auch im Stande ſeyn müſſe, ſolche verſprochene Zinſen bezahlen zu können. Denn, in dem entgegengeſetzten Fall iſt der Sohn, oder die Tochter, nach aufgehobener väterlicher Gewalt, um ſo weniger zu einiger Schadenserſetzung dem Vater gehalten, als die Geſetze zwar dem letzteren den Nießbrauch von dem Vermögen ſeiner Kinder während ſeiner väterlichen Gewalt zuſprechen, keinesweges aber jene bey gänzlich, oder zum theil ermangelnder Nutzung des Vermögens, zur Schadenserſetzung verbinden. Gegentheils aber kann es keinen gegründeteren Zweifel haben, daß es bey der Befugniß des Vaters, die Zinſen von den Capitalien ſeiner Kinder erheben zu können, auf die Zeit der Auszahlung nicht ankomme, und daß daher dem Vater die beſchriebenen Zinſen aus dem Grunde, weil ſie vielleicht allererſt nach aufgehobener väterlichen Gewalt wirklich ausgezahlet werden, nicht füglich verſaget werden können, wenn anders der Zinſenrückſtand ſich nur von der Zeit, da der Vater den Nießbrauch bereits wirklich hatte, herſchreibet. Denn in dem entgegengeſetzten Fall verbleibet ſolcher Rückſtand lediglich den Kindern als ihr wahres Eigenthum. Was aber beſonders den Fall betrift, da die Zinſen nicht ſowohl vor, als während dem väterlichen Nießbrauch angeſchwollen ſind, ſo ſind ſolche, meinem Bedünken nach, ohne Unterſchied, ob ſie ein beträchtliches Capital ausmachen, oder nicht, ſchlechterdings zum väterlichen Nießbrauch zu rechnen. Unter dieſen Umſtänden kann es auch um ſo weniger auf die Zeit ankommen, da ſolche während

dem

dem väterlichen Nießbrauche angeſchwollene Zinſen etwa wirklich ausgezahlet werden. Denn, da ſie einmal und ipſo iure zum Eigenthum des Vaters gehören, ſo kann auch die Saumſeligkeit des Schuldners den väterlichen Rechten nichts entziehen, indem ſie vielmehr auch nach vorlängſt aufgehobener väterlichen Gewalt dem Vater gebühren. Die Billigkeit ſtreitet allenthalben für dieſen Satz, da dergleichen Zinſen jetzo als eine Vergütung für die gehabte Laſt der Erziehung und Verpflegung dem Vater billig zuzuſprechen ſind, die ihm billig ſchon früher zur Verminderung ſeiner Beſchwerden gebühret hätten. Allein, nicht ſowohl blos, da der Vater noch lebet, ſind ihm die während ſeinem gehabten Nießbrauch angeſchwollene Zinſen auszuzahlen, ſondern auch dann, da er längſt geſtorben iſt, ſind ſie ſeinen rechtmäßigen Erben auszukehren, indem zwar der Nießbrauch überhaupt niemals auf die Erben gehet [o]), inzwiſchen alles dasjenige, was durch jenen erworben worden, zu dem Vermögen des Nutznieſſers ungezweifelt gehöret [p]). Hierüber kann daher der letztere mit Beſtande Rechtens nicht allein Verordnungen machen, ſondern er verläßt ſolches auch ſtillſchweigend auf ſeine eingeſetzte Erben, oder, in deren Ermangelung, auf ſeine nächſte Blutsfreunde, woferne nicht eine rechtmäßige Verjährung den letzteren an ihrem Rechte hinderlich ſeyn mögte.

o) *L.* 16. §. *ult. C. de uſufr.*

p) BERGER *in Oeconom. Iur. Lib.* 2. *Tit.* 3. *Th.* 24. *n.* 4.

XXXIII.

Von der Beſtimmung des Vorzuges in den Fällen, da das Vermögen eines Angeſchuldigten nicht hinreichet, allen denen Befriedigung zu verſchaffen, die daran Anſprache haben.

Wenn es gleich ſowohl die natürliche Billigkeit erfodert, als ausgemachten Rechtens iſt, daß demjenigen, der durch ein begangenes Verbrechen Schaden gelitten hat, gebührende Genugthuung angedeye[a]); ſo ſind dennoch in dem Fall, da das Vermögen eines Angeſchuldigten nicht hinlänglich iſt, ſowohl dem Beſchädigten und andern Gläubigern Genugthuung zu leiſten, als auch die Geldbuſſe, die Gerichts- und Verpflegungskoſten abzuführen, verſchiedene Umſtände in Erwägung zu ziehen, um den Vorzug rechtsbeſtandigermäßen beſtimmen zu können.

Was zuförderſt die Beſtimmung des Vorzuges zwiſchen dem Beſchädigten und andern Gläubigern anlanget, ſo hat es zwar nicht den geringſten Zweifel, daß die würklich vorhandenen geſtohlenen, oder geraubten Sachen demjenigen, dem ſie etwandt worden, ohne Abzug, oder Ver-

kür-

a) Art. 207. P. G. O.

kürzung wieder gegeben werden müſſen, und daß andere Gläubiger, ſie mögen ältere, oder jüngere, Pfand- oder andere Gläubiger ſeyn, daran nicht den mindeſten Anſpruch machen können [b]). Allein, weniger herrſchet eine Uebereinſtimmung in den Meynungen der Rechtslehrer, in Beantwortung der Frage: Ob in dem Fall, da die geſtohlenen, oder entwandten Sachen nicht mehr vorhanden ſind, und dabey das Vermögen zur Befriedigung des Beſchädigten und der Gläubiger nicht hinreichet, dem erſten, oder den letzten der Vorzug gebühre? Einige geben dem erſteren ſchlechterdings den Vorzug [c]), und beziehen ſich zur Beſtärkung ihrer Meynung ſogar auf den Ausſpruch der Geſetze [d]) ſelbſt; andere räumen dem Beſchädigten wegen der zuſtändigen Schadenserſetzung ein ſtillſchweigendes, oder ſogenanntes geſetzliches Pfandrecht ein, und ſetzen ihn daher nach Verhältniß der Zeit unter die Pfändgläubiger [e]). Allein, die erſte Meynung iſt einer richtigen Erklärung des

b) Claproth in der Einleitung in ſämmtliche ſummariſche Proceſſe, Göttingen 1777. S. 126.

c) BEYTHER *de Iure Praelat. P.* 1. *c.* 44. und *P.* 2. *c.* 9.

d) Art. 158. P. G. O. in den Worten: „Daß der „Dieb in Pranger geſtellt, mit Ruthen ausgehauen, „und das Land verboten, und vor allen Dingen „dem Beſchädigten der Diebſtahl oder Werth „dafür, ſo es in des Diebs Vermögen iſt, wie„derum werde.“

e) BERGER *in Elect. crimin. p.* 37.

Art. 158. P. G. O. völlig zuwider f), indem derſelbe nicht von dem eigentlichen Fragepunct, da nämlich die geſtohlenen Sachen nicht mehr vorhanden ſind, und zugleich anderweitige Gläubiger ſich finden, handelt, vielmehr dem Richter es lediglich zu einer beſondern Pflicht machet, für die Schadenserſetzung des Beleidigten von Amtswegen zu ſorgen. Die andere Meynung kann aber um ſo weniger einige Aufmerkſamkeit verdienen, als in Ermangelung einer geſetzlichen Beſtätigung kein geſetzliches oder ſtillſchweigendes Pfandrecht ſtatt findet g). Dem Beſchädigten iſt daher, bey dem Mangel der geraubten, oder entwandten Sache zur Erhaltung ſeiner Schadenserſetzung keine Stelle unter den Pfandgläubigern anzuweiſen h), vielmehr hat dieſe Schadenserſetzung lediglich die Rechte einer Buchſchuld, deren Bezahlung nur ſodann, wenn alle Pfand- oder privilegirte Gläubiger ihre Befriedigung erhalten haben, ſtatt findet i), bey vorhandenen mehreren Buch-

f) *de* BOEHMER *in Meditatt. ad CCC. art.* 157. §. 8.

g) Der berühmte Herr Profeſſor Weſtphal in dem Verſuch einer ſyſtematiſchen Erläuterung der ſämtlichen Römiſchen Geſetze vom Pfandrecht, C. 5.

h) *Arg. L.* 6. §. 4. *C. de bon. quae lib.* WERNH. *P.* 1. *Obſ.* 288. HARPRECHT *Diſſ. de pign. tacit. dub. vel ſpuria.* BOEHMER *ad* CARPZOV, *q.* 8. *Obſ.* 11. SCHILTER *Ex.* 24. *Th.* 49.

i) Grundſätze des deutſchen peinlichen Rechts §. 385.

Buchſchulden aber nur verhältnißmäßig geſchiehet. Sowenig inzwiſchen die Gläubiger an den noch würklich vorhandenen geraubten, oder ſonſt unrechtmäßiger Weiſe entwandten Sachen einen Anſpruch zu machen, befugt ſind, eben ſowenig kann ſolches das Gericht thun [k]). Es ſind vielmehr dergleichen geraubte, oder entwandte Sache, nachdem der Beſchädigte das ihm daran zuſtändige Recht gehörig bewieſen, oder wenigſtens eydlich erhärtet hat [l]), ihrem Eigenthümer wieder zuzuſtellen, und letzterer iſt keinesweges gehalten, das Ende des peinlichen Proceſſes abzuwarten [m]), wenn anders, wie ſich von ſelbſt verſtehet, die Schätzung der entwandten Sache auf gehörige Weiſe geſchehen iſt, mithin das ſogenannte Corpus Delicti ſolchergeſtalt zur genugſamen Richtigkeit und Gewißheit

k) Art. 157. 207. 208. 209. 218. P. G. O. HOMMEL *de pannicular. caeteriſque damnat. bon. Lipſ.* 1745. §. 42. KRESS *art.* 157. *CC.*

l) Art. 208. P. G. G. „Bewieſe aber eyn Kläger „inn obgemeldtem Fall der anſprüchigen Haabe halben die Eygenſchaft genungſam und kündt doch dabei nit beweiſen daß im die durch Raub oder Diebſtal entwendt worten wer, und die Antwurter „möchten dargegen zu Recht genug nit darbringen, „daß dieſelbig kriegeriſche habe, mit guttem rechtmeßigem Tittel, von dem Kläger bracht und an ſie „kommen wer, ſo ſoll dem Kläger auff ſein Betewrung mit dem Eydt (daß jm ſolliche Gütter geraubt oder geſtolen worden ſeien) geglaubt werden, „und jm dieſelben abermals innmaſſen, als obſteht, „darauff volgen.“

m) Claproth a. O. S. 58.

wißheit gebracht worden [n]), übrigens aber es an gegründeten Bedenklichkeiten ermangelt, oder auch bey dem Daſeyn derſelben, der Beſchädigte ſich zur Beſtellung eines genugſamen Vorſtandes erbiete: [o]). Ob nun zwar dieſe Sätze keine Veränderung, oder Einſchränkung zulaſſen, wenn gleich dem Staat durch das begangene Verbrechen ein Schade von einiger Erheblichkeit zugefüget, oder vielleicht gar die Acciſe und der Zoll betrogen wäre [p]), ſo kann gleichwohl das Gericht den baaren Verlag, den es um die geraubten Sachen, entweder wieder zu bekommen, oder aufzubewahren, verwandt hat, von dem Beſchädigten mit gutem Grunde begehren [q]), gegentheils aber ſo wenig wegen

n) **Grundſätze des deutſchen peinlichen Rechts** §. 353. 354.

o) **Art.** 210. **P. G. O.**

p) **Carrach in den rechtl. Urtheilen und Gutachten in peinlichen Sachen** *n.* 10.

q) *Arg.* Art. 213. P. G. O. „Und ſo ſich alſo mit „angezeygter peinlicher Handlung, geſtolne und ge„raubte farende Gütter, in eynem Gerichtszwang „erfünden, die ſollen dem, der ſie alſo verloren hett, „und wie vorſteht beweret, das jm ſolche geſtolne „oder geraubte hab zuſtendig, abermals ohn Be„ſchwerung, dann alleyn ob ſolchs eſſent Vieh, und „zimlich nottdürftige Atzung darauff gegangen wer, „dieſelbig Atzung doch ohn Ueberfluß zu bezalen, „wider verſchafft werden. Wo aber jemandt die ge„melten hab, umb weniger Unkoſtens und ſchadens „willen, vor küntlicher erfindung gemelts unrechten „herkommens, und wenn die zuſtünde, auszubür„gen,

gen der etwa aufgelegten Geldbuße, als wegen der Verpflegungs- Atzungs- und Unterſuchungs- oder Gerichtskoſten an jenem einige Anſprache machen [r]).

Eine andere Frage iſt inzwiſchen: Wer in dem Fall, da die entwandten, oder geraubten Sachen nicht mehr vorhanden ſind, und dabey des Angeſchuldigten Vermögen nicht hinreichet, zugleich ſeinen Gläubigern, und dem Beſchädigten Genugthuung zu leiſten und die Gerichtskoſten abzuführen, eigentlich den Vorzug habe? Um ſolche gehörig beantworten zu können, muß man vor allen Dingen einen Unterſchied machen, ob von der zu erlegenden Geldbuße, oder von den Verpflegungs- und Vertheidigungs-Koſten, oder von den übrigen Gerichtskoſten die Rede ſey. Was die erſtern betrift, ſo giebet es zwar in verſchiedenen Ländern beſondere Geſetze, nach welchen wegen der aufgelegten Geldbuße dem Fiſco von dem Tage des eröfneten Erkenntniſſes an gerechnet, theils ein geſetzliches Pfandrecht, ohne [s]), oder mit

„gen, und zu betagen begehrt, das ſoll inn dieſem „Fall mit der maß, wie vor deßhalb von bürgerli„cher Verhafftung und Klag geſtolner oder geraub„ter Gütter halb, geſetzt iſt, auch beſchehen.„ Die gegenſeitige Meynung vertheidiget inzwiſchen HOMMEL *in Rhapſod. Quaeſt. Obſ.* 594. §. 17.

r) COTHMANN *Vol.* 2. *Reſp.* 55. *n.* 42. BOEHMER *de expenſ. crimin. c.* 3. §. 42.

s) Churſächſ. Proceß-Ordn. Tit. 43. §. 5. Gothaiſche Gerichts-Ordnung *P.* 1. *c.* 18. §. 8. CARPZOV. *P.* 1. *Conſt.* 28. *Def.* 104. HOMMEL *Obſ.* 548.

mit Vorzug, zuſtehet [t]), theils aber der Fiſcus in den Güthern des Verurtheilten eben dieſelben Rechte, als er ſonſt der Steuren wegen hat, haben ſolle [u]). Allein, bey dem Mangel ſolcher beſondern Landesgeſetze hat es, Inhalts gemeiner Rechte, keinen Zweifel, daß die Geldbuße nicht allein den eigentlichen Pfandgläubigern, ſondern überhaupt allen älteren Gläubigern nachſtehe, folglich ſolche nur ſodann ausgekehret werden könne und müſſe, wenn ſowohl der Beſchädigte, als die vorhandene anderweitige Gläubiger ihre völlige Befriedigung bereits erhalten haben [x]). Da überdieß die Billigkeit mit dieſer geſetzlichen Vorſchrift vollkom-

t) BALTHASAR *de claſſificat. creditorum in concurſu P.* 2. *Sect.* 2. *n.* 4. *p.* 38. und *P.* 2 *Sect.* 3. *n.* 2. *p.* 102.

u) LVDOVICI *de hypotheca fiſci propter debita ex delicto* §. 29. OELZE *de creditore ſibi vigilante* §. 28. *n. w.* Gmelins Ordnung der Gläubiger bey dem über ihres Schuldners Vermögen entſtandenen Gant-Proceſſe nach den gemeinen und Würtenbergiſchen Rechten, Frf. und Leipzig 1776. Cap. 2. §. 10. S. 122. Von dieſem ſo gemeinnützigen Werk iſt neulich die zweyte Auflage erſchienen.

x) *L.* 17. *D. de Iure fiſci* v. in ſumma ſciendum eſt, omnium fiſcalium poenarum petitionem creditoribus poſtponi *L.* 37. *D. eod.* v. Quod placuit, fiſco non eſſe poenam petendam, niſi creditores ſuum recuperauerint; eo pertinet, vt priuilegium in poena contra creditores non exerceatur, non ut ius commune priuatorum fiſcus amittat. *L. vn.*

kommen übereinſtimmet, weil der Fiſcus durch Erlangung der Geldbuſſe einen Gewinn erhalten, der Beſchädigte und andere Gläubiger aber dadurch ohne ihr Verſchulden in Schaden geſetzet werden würden, ſo iſt auch der Gerichtsbrauch in den mehreſten deutſchen Provinzen der Vorſchrift gemeiner Rechte völlig gemäß [y]). Eine jede Geldbuße daher, die entweder ohne Nachtheil anderer vorhandenen Gläubiger, oder des Beſchädigten, nicht bezahlet werden kann [z]),

 oder,

L. vn. C. poen. fiſcalib. creditores praeferri. v. Rem ſuam perſequentibus poenae exactio poſtponitur. Sicut itaque in ſortis quantitate fiſci perſecutio potior eſt: ita in triplo quod poenae nomine adiectum eſt, propria forma ſeruanda eſt. Art. 157. P. G. O. in den Worten: „Und „ſo der Dieb nit mehr vermag oder zu wege bringen kann, ſo ſoll er doch zum wenigſten dem Beſchedigten den Diebſtahl wiedergeben, oder noch „einfach werth bezalen oder vergleichen und ſoll der „beſchedigt mit derſelben eynfachen Vergleichung des Diebſtals (aber mit der Uebermaß nit), „der Oberkeyt geltbuß vorgehen.“ *Add. L.* 11. *de Iure fiſci. L.* 10. *pr. D. de pact.*

y) BRVNNEMANN *ad L.* 37. *D. de Iure fiſci.* FRANTZK *Tit. de pignor. n.* 33. Ludovic Einleit. zum peinl. Proceß c. 10. §. 70 KÖPPEN *Dec.* 28. *n.* 21. PVFENDORF *Introduct. in Proc. crimin. c.* 27. §. 20. *n.* 4. Weſtphal a. O. §. 75. S. 134. Claproth a. O. S. 164.

z) Daß inzwiſchen die Vorſchriften der Geſetze von öffentlichen Strafen, nicht auf ſogenannte Conventional-

oder, die vielleicht allererſt nach bereits ausgebrochenem Concurſe erkannt worden, iſt nach gemeinen Rechten, nicht ſowohl würklich auszukehren, als vielmehr in eine andere verhältnißmäßige umzuändern und zu verwandeln [a]). Dasjenige, was von Geldbußen überhaupt gilt, iſt auch von eingezogenen Güthern zu verſtehen. Denn, ehe ſich der Fiſcus ſolche anmaßen kann, muß er vor allen Dingen die Gläubiger des Verbrechers, oder diejenigen, die ſonſt an ſeinem Vermögen Anſprache machen, beſriedigen [b]). Es entſtehet inzwiſchen die Frage: ob nicht wenigſtes in dem Fall, da der zu einer Geldbuſſe verurtheilte Verbrecher, nach bereis eröfnetem Erkentniſſe gewiſſe Gelder, mit, oder ohne Verſicherungen eines Pfandrechts, angeliehen, die bereits urthelmäßig zu bezahlende Geldbuſſe den Vorzug habe? Verſchiedene berühmte Rechtslehrer [c]) bejaen dieſe Frage, und behaupten, daß unter den angeführten Umſtänden der Fiſcus nicht allein den Vorzug habe, ſondern ſogar dazu berechtiget ſey, die nach erfolgtem richterlichen Spruch und bereis geſchehener Ver-

tional-Strafen erſtrecket, vielmehr die letzteren der zu bezahlenden Geldbuſſe ebenfals vorgezogen werden müſſen, behauptet HOMMEL *c. l. Obſ.* 548.

a) Gmelin a. O. S. 123.

b) *L.* 11. *L.* 37. *D. de Iur. fiſci.* Gmelin a. O.

c) CARPZOV. *P.* 1. *C.* 28. *Def.* 104. BRUNNEMANN *ad L.* 2. *C. in quib. cauſ. pign. vel. hyp. tacite contr.* MEVIUS *ad. Ius Lubec. Lib.* 3. *Tit.* 1. *art.* 12. *n.* 10. Von Selchow in den Rechtsfällen B. 3. *Dec.* 93. *p.* 247.

Verurtheilung zu einer Geldbuße aufgenommenen, und bey herannahendem Concurſe bereits wieder zurückbezahlten Gelder zu revociren [d]), auch ſodann ein gleiches ſtatt finden müſſe, wenn ein Verbrecher nach erkannter Urthel, wornach er ſein geſammtes Vermögen verwirket hatte, ſich in Anleihen, oder andere Verbindlichkeiten eingelaſſen hätte [e]). Die angezogenen Rechtslehrer ſezzen die Gründe ihrer Behauptung vorzüglich darin, daß das Vermögen eines Menſchen dem Fiſcus allemal für eine jede Schuld, die aus einem Quaſi-Contract entſtehet, wohin beſonders die aus einer rechtskräftigen Urthel erwachſene Verbindlichkeit unſtreitig mit gehöret, unterpfändlich verhaftet ſey [f]). Dieſes geſetzliche Unterpfand, welches dem Fiſcus wegen der erkannten Geldbuße zuſtehet, erhält inzwiſchen allererſt von der Zeit an, da die Urthel eröfnet und auch rechtskräftig geworden, ſeinen rechtlichen Beſtand [g]), kann aber

d) FRICK *in Libello ſingulari de reuocandis tam rebus alienatis, quam nummis ſolutis imminente aut moto concurſus iudicio Helmſt.* 1777. §. 13.

e) FRICK *c. l.* §. 14.

f) *L.* 46. §. 3. *D. de Iure fiſci.* v. fiſcus ſemper habet ius pignoris *L.* 2. *C. in quib. cauſ. pign. vel hypoth. tacite contr.* v. Certum eſt eius, qui cum fiſco contrahit, bona veluti pignoris titulo obligari, quamuis ſpecialiter id non exprimatur.

g) Es darf jedoch ein Gericht von der Zeit der gefällten Urthel, worinn auf eine Geldbuße erkannt worden,

aber wider ältere Gläubiger, ſie mögen Pfand- oder andere Gläubiger ſeyn, keine Wirkung hervorbringen, oder denenſelben entgegen geſetzet werden [h]).

Was die Koſten der Verpflegung, oder das ſogenannte Atzungsgeld anlanget, ſo hat es zwar keinen Zweifel, daß diejenigen, welchen nach den Geſetzen, oder ihrer anderweitigen Verbindlichkeit, die Verpflegung, oder die Leiſtung der Alimenten oblieget, ſich dieſer Pflicht aus dem Grunde, weil derjenige, dem ſie ſolche zu leiſten ſchuldig ſind, in Verhaft und Inquiſition gerathen iſt, nicht entziehen können; allein ſchwieriger ſcheinet die Auflöſung der Frage zu ſeyn: Ob das Gericht wegen der verwandten Verpflegungs-Koſten nicht einen Vorzug für den Beſchädigten, oder die Gläubiger habe? Ob nun gleich die peinliche Gerichts-Ordnung [i]), in ſoferne vom Anklagsproceß die Rede iſt, dem Ankläger die Pflichten aufleget, zu der Atzung und Wartung des Angeklagten täglich einen Beytrag von ſieben

worden, an, keine beſondere Zinſen berechnen. *L.* 1. *C. de Iure fiſci. L.* 131. 244. *de verb. ſing. L.* 9. *de Magiſtrat. conueniend.* BROCKES *ſelect. obſ. forenſ. Obſ.* 80. §. 17.

h) NEGVSANT. *Membr.* 4. *P.* 2. *n.* 116. BRVNNEM. *ad L.* 2. *C. in quib. cauſ. pig. vel. hyp. tacit. contr.*

i) Art. 204. P. G. O. in den Worten: „und ſoll „ſonderlich eyn Ankläger für eyns Beklagten Atzung „und wartgeld dem Büttel Tag und Nacht über „ſieben Kreutzer zu geben nit ſchuldig ſein.“

ſieben Kreuzern [k]) zu leiſten, ſo beantwortet ſie gleichwohl die aufgeworfene Frage nicht. Verſchiedene Rechtslehrer ſetzen zwar die Koſten der Verpflegung und der Wartung ſodann in die erſte Claſſe [l]), wenn daraus ein Vortheil für die geſammte Concursmaſſe, wenigſtens mittelbar, erwachſen [m]); auſſer dieſem Fall aber der Regel nach in die vierte Claſſe, und ziehen ſie daher lediglich den ſogenannten bloßen Buchſchuldner vor [n]). Die gegründeteſte Meynung iſt nun wohl unſtreitig diejenige, nach welcher der Richter wegen der ſogenannten Atzungs = und Wartungskoſten keinen Vorzug für den Beſchädigten, oder ältere Gläubiger, die ein dingliches Recht haben, verlangen könne, und daher ſolche Koſten Amtshalber tragen müſſe [o]), wenn der Angeſchuldigte ſie

k) Daß die vorgeſchriebene Größe des Atzungs, und Wartgeldes zum Nachtheil des Anklägers von dem Richter eigenmächtig nicht erhöhet werden könne, leidet keinen Zweifel. KRESS *ad art.* 204. *CC.* Grundſätze des peinlichen Rechts §. 816. *n. e.*

l) LEYSER *Spec.* 484. *Med.* 5. Struben in dem 3ten Theil der recht Bedenken *n.* 12.

m) *L.* 6. *pr. D. qui pot. in pign.*

n) CARPZOV. *P.* 1. *C.* 28. *Def.* 152. STRVV. *Ex.* 44. §. 56. SCHILTER *Ex.* 39. §. 98. LEYSER *c. l.* und Struben a. O.

o) BALTHASAR *c. l. Sect.* 3. *p.* 101. Gmelin a. O. Cap. 5. §. 9. S. 402. BROCKES *Obſ.*

ſie zu erſetzen, nicht vermögend iſt [p]), es wäre dann, daß jener, nachdem er dem Gericht wegen der verwandten Verpflegungs- und Wartungskoſten bereits verhaftet geweſen iſt, eine neue Anleihe gemacht hätte, oder eine andere Verbindlichkeit eingegangen wäre, da denn die letzteren aus den bey der Geldbuße angezogenen Gründen billig nachſtehen müſſen [q]).

Wenn gleich der Richter für die Berichtigung und Aufklärung der zur Vertheidigung eines Angeſchuldigten dienenden Umſtänden von Amtswegen ſorgen muß [r]), ſo pfleget ſolches gleichwohl, nach dem Gerichtsbrauch, auf Koſten des Angeſchuldigten [s]) und bey deſſen Armuth auf Koſten der Eltern, der Ehemänner, und überhaupt ſolcher nahen Blutsfreunde zu geſchehen, die den Geſetzen nach im Nothfall zur Leiſtung der Alimenten

p) Art. 47. 61. 154. 176. 219. P. G. O. KOCH *Inſt. Iur. Crimin.* §. 999.

q) *Arg. L.* 46. §. 3. *de Iur. fiſci* und *L.* 2. *C. in quib. cauſ. pign. vel hyp. tacite contr.*

r) *L.* 19. *D. de poen. L. vlt. de quaeſt. Arg.* Art. 47. P. G. O.

s) Obwohl die Defenſiones in formaliter und materialiter tales eingetheilet werden können, ſ. REICHARD *in Annotatt. ad Schaumburgii principia praxeos iuridicae iudiciariae, Ien.* 1775. *lib.* 2. *cap.* 9. §. 20. *not.* ** *p.* 273., ſo fallen gleichwohl beyde Arten der Koſten dem Angeſchuldigten, der ſolche zu erſetzen vermögend iſt, der Regel nach, lediglich zur Laſt. Art. 47. und 153. P. G. O.

menten verbunden ſind [t]). Weil auch ein jeder dasjenige gerichtliche Verfahren, das er begehret, auf ſeine Unkoſten geſchehen laſſen muß, ſo pflegt von ſolchen, die um Führung der Vertheidigung zum Beſten des Angeſchuldigten angeſuchet haben, die Vermuthung angenommen zu werden, daß ſie durch jenes Anſuchen zu den Koſten der Vertheidigung ſich ſtillſchweigend haben verſtehen wollen [u]). Allein, in dem Fall, da es entweder an ſolchen, die um Führung der Vertheidigung beſonders angeſuchet haben, oder an ſolchen, die zur Leiſtung der Alimente rechtlicher Art nach verbunden ſind, ermangelt, oder auch dieſe, oder jene aus Mittelloſigkeit ſolche Koſten nicht bezahlen können, fallen ſie lediglich dem peinlichen Gericht zur Laſt [x]). Sowenig nun letzteres wegen der

G. O. BOEHMER *ad art.* 153. *CC.* §. 4. Herr Kantzler KOCH *Inſt. Iur. Crimin.* §. 992.

t) *Arg.* Art. 47 und 153. P. G. O. BOEHMER *ad* CARPZOV. *q.* 115. *Obſ.* I. und *in Meditatt. CC. art.* 47. §. 6. Die gegenſeitige Meynung vertheidigen KRESS *ad art.* 47. *CC.* §. 7. und Meiſter in der ausführlichen Abhandl. des peinl. Proceſſes in Deutſchland S. 236.

u) Meiſter a. O. §. 44.

x) Art. 47. P. G. O. in den Worten: „Wo aber „der Verklagt, oder ſein Freundſchafft ſollichen ob„gedachten Koſten, Armut halber nicht ertragen „oder erleiden möcht, damit dann nichts deſto min„der das übel geſtraffet oder der unſchuldig wider „Recht nit übereilt werde, ſo ſoll die Oberkeyt oder „das Gericht den Köſten darlegen und der Richter „in Rechten fürfaren.“

der gehabten Vertheidigungs-Koſten einen Vorzug für den Beſchädigten, oder ältere Gläubiger, die ein dingliches Recht haben, verlangen kann, ſo hat es gleichwohl, vermöge der oben angeführten Grundſätze, nach welchen dem Fiſcus ſogar wegen der Geldbuße von der Zeit an, da auf ſolche erkannt worden, ein geſetzliches Pfandrecht, wiewohl ohne Vorzug, gebühret, keinen Zweifel, daß auch von den Vertheidigungskoſten billig ein gleiches anzunehmen ſey, folglich die von dem Angeſchuldigten gemachten ſpäteren Anleihen jenen billig nachſtehen müſſen.

Die anderweitigen Koſten, welche die Führung des peinlichen Proceſſes erfodert hat, wohin auch diejenigen billig zu rechnen ſind, welche die Vollſtreckung des Urtheils nothwendig gemacht y), genieſ-

y) Obgleich die ſogenannten peinlichen Koſten, wenn man ſie den Proceß-Koſten entgegen ſetzet, dem peinlichen Gerichte, der Regel nach, zur Laſt fallen, Art. 61. 204. 215. 216. P. G. O. ſo pflegen doch diejenigen, die lediglich der gegenwärtigen Execution halben verwandt werden müſſen, und auf künftige Fälle keinen Einfluß oder Nutzen haben, davon ausgenommen, und der Verurtheilte zu deren Erſtattung ſchuldig erkannt zu werden. F. A. HOMMEL *Diſſ de pannicular. caeteriſque damnator. bon. vt et de expenſ. crimin. e bon. reor. vel ſubditor. ſubminiſtrand.* §. 44. Carrach in den rechtl. Anmerkungen von der Schuldigkeit die Koſten der Inquiſition zu tragen, Halle 1774. Es macht jedoch die P. G. O. Art. 61. in dem Fall eine Einſchränkung, wenn

genießen, nach einigen Landesrechten [z]), gleich den Geldbußen, die Vorzüge öffentlicher Steuren, und werden ſolchergeſtalt in der Erſtigkeits-Urthel angeſetzet, wenn nur zu der Zeit, da die Unterſuchung, oder der peinliche Proceß ſeinen Anfang genommen hatte, der Concurs noch nicht würklich erkannt geweſen, folglich das Vermögen des Angeſchuldigten annoch mit einem ſtillſchweigenden Unterpfande füglich beleget werden können [a]). In Ermangelung ſolcher beſonderen Landesgeſetze behaupten andere Rechtslehrer, daß, da es der Obrigkeit Amt und Pflicht ſey, die Miſſethaten zu rügen, und begangener Verbrechen wegen die Unterſuchung anzuſtellen [b]), dieſelbe auch die Inquiſi-

wenn der Gemarterte nicht bekannt hat, und daher freygeſprochen wird, als in welchem das Gericht die Gebühren des Nachrichters und anderer Diener des Gerichts zu tragen hat.

z) Das Würtembergſche General-Reſcript vom 13. Dec. 1746. c. 2. §. 4. Die Fuldiſche Concurs- und Prioritäts-Ordnung *p.* 3. *n.* 13. BOEHMER *de expenſ. criminal.* c. 3. §. 15. Gmelin a. O. S. 133.

a) Gmelin a. O. Cap. 4. §. 3. S. 220.

b) *L.* 13. *D. de offic. Praeſ.* v. Congruit bono et graui Praeſidi, curare vt pacata atque quieta prouincia ſit, quam regit, quod non difficile obtinebit, ſi ſollicite agat, vt malis hominibus prouincia careat, eosque conquirat: non et ſacrilegos, latrones, plagiarios, fures conquirere debet; et prout quisque deliquerit, in eum animaduertere; receptoresque eorum coercere, ſine

quiſitions-Koſten tragen, und um deswillen keinen Vorzug für den Beſchädigten, oder andere Gläubiger des Angeſchuldigten verlangen könne [c]): Gegentheils verweiſen einige die Inquiſitions-Koſten bey entſtandenem Concurſe über des Angeſchuldigten Vermögen in die erſte Claſſe [d]). Andere wollen, daß jene Koſten ſchlechterdings allen Gläubigern vorgehen müſſen, die entweder nur ein bloßes Privatunterpfand haben, oder zwar ein öffentliches, allein jüngeres, beſitzen [e]); andere Rechtslehrer räumen dem Richter wegen der Proceßkoſten zwar ein ſtillſchweigendes, oder geſetzliches Pfandrecht, allein ohne Vorzug ein [f]). Noch andere weiſen den Unterſuchungs-Koſten bey ausgebrochenem Concurſe über des Angeſchuldigten Vermögen einen Platz in der vierten Claſſe an, und wollen ſie nicht zwar den Pfandgläubigern, inzwiſchen doch den ſogenannten Buchſchuldnern, vorgezogen wiſſen.

ſine quibus latro diutius latere non poteſt. Art. 6. 61. 204. und 214 P. G. O.

c) BROCKES *Obſ.* 58. und BALTHASAR *c. l. Sect.* 3. *n.* 2. *p.* 101.

d) HARPRECHT *Reſp.* 92. *n.* 403. und *Conſ.* 73. *n.* 23.

e) *Arg. L.* 46. §. 3. *de Iure fiſci. L.* 3. §. 11. *de pecul.* LEYSER *Spec.* 90. *n.* 11.

f) *Arg. L.* 2. *C. in quib. cauſ. pig. L.* 46. §. 3. *de Iure fiſci.* CARPZOV. *P.* 1. *Lib.* 28. *Def.* 102. BOEHMER *ad* CARPZOV *q.* 138. *Obſ.* 10. MÜLLER *ad* STRVV. *Ex.* 49. §. 37.

ſen [g]). Endlich machen noch andere einen Unterſchied, ob bey der Art des Verbrechens, wovon die Rede iſt, die Schadenserſetzung die Strafe mildere, und beſonders die Todesſtrafe abwende, oder nicht? und ſie geben beſonders, wenn der Beſchädigte und das Gericht im Streit gerathen, im erſten Fall dem Beſchädigten, im andern dem Gericht, den Vorzug [h]).

Sowenig es gegründeten Einwendungen unterworfen iſt, daß in dem Fall, da die Eingeſeſſenen zum Beytrag der peinlichen Koſten verbunden ſind, dem Richter zur Erlangung deſſelben ein privilegirtes Pfandrecht in ihren Güthern zuſtehe [i]). ſo ſchwierig ſcheinet gleichwohl, bey der großen Verſchiedenheit in den Meynungen der Rechtslehrer, die Beantwortung der Frage zu ſeyn: Wer ſodann, wenn die Güther eines Angeſchuldigten nicht hinreichen, um dem Beſchädigten und ſeinen Gläubigern Genugthuung zu leiſten, und die Gerichtsgebühren zu bezahlen, den Vorzug haben ſolle? Was den erſten Fall, nämlich, ob der Richter wegen der Sporteln [k]) und anderweitigen

 Gerichts-

g) I. H. BOEHMER *de expenſ. criminal.* c. 3. §. 14. LYNCKER *Dec.* 310. I. S. F. BOEHMER *ad art.* 157. *CC.* §. 8. Claproth a. O. S. 162.

h) HOMMEL *de mitigat. poenae ob reſtitutionem rei ablatae* §. 9.

i) BOEHMER *ad* CARPZOV. *q.* 138. *Obſ.* 10. Gmelin a. O. S. 133.

k) Daß auch in peinlichen Fällen die gewöhnlichen Sporteln und Gerichtsgebühren einem in die Koſten

Gerichtskoſten, oder der Beſchädigte den Vorzug habe? anlanget, ſo entſcheidet die peinliche Gerichts-Ordnung Art. 158. für den letzteren, indem es darin merklich heißt: und vor allen Dingen dem Beſchädigten der Diebſtahl, oder Werth dafür, ſo es in des Diebs Vermögen iſt, wiederum werde. Ob nun zwar das Gericht, in dem Fall, da von einem Unterſuchungs-Proceß die Rede iſt, mit Grunde wegen der Koſten und hergebrachten Sporteln keinen Vorzug für den Beleidigten, der ſeine Schadenserſetzung fodert, verlangen kann [l]), ſo mag gleichwohl in dem eigentlichen Anklagsproceß der Ankläger ſeinen Verlag von dem Gericht, der Regel nach, nicht wieder zurückfodern, wenn der Angeklagte zu der Erſetzung deſſelben nicht im Stande ſeyn ſollte [m]). Inzwiſchen ſtehet jenem auch nicht anzumuthen; daß er die noch rückſtändigen Koſten, welche der Proceß erfodert hat, die ſich aber nicht auf die Atzung und Wartung beziehen, (als zu welchen der Ankläger angeführtermaßen zu einem

ſten verurtheilten Verbrecher angerechnet, und die Bezahlung derſelben von ihm mit Recht begehret werden können, wenn er ſolche ohne Nachtheil des Beſchädigten und anderer älteren Gläubiger abführen kann, hat nach den Geſetzen und dem Gerichtsbrauch keinen Zweifel. Art. 17. 61. 70. 73. 83. 206. und 219. P. G. O. Meine Grundſätze des deutſchen peinl. Rechts §. 819.

l) Art. 47. 61. 154. 158. 176. 219. P. G. O.

m) BOEHMER *ad art.* 204. *CC.* §. 2. Meine Grundſätze des peinlichen Rechts §. 816.

einem gewiſſen Theil gehalten iſt) [n]), bezahle [o]). Sie fallen vielmehr lediglich dem Gericht zur Laſt [p]).

Sowenig als der Fiſcus wegen der Sporteln und der andern Proceßkoſten einen Vorzug für den Beſchädigten, in dem Fall, da das Vermögen des Angeſchuldigten zu beyderſeitiger Befriedigung nicht hinreichet, begehren kann, eben ſowenig kann er darauf mit Grund Anſprache machen, wenn ältere, beſonders Pfandgläubiger, vorhanden ſind. Denn, wenn gleich die Geſetze dem Fiſco wegen einer jeden Foderung und Verbindlichkeit, die entweder aus einem wahren, oder Quaſi-Contrat herrühret, ein geſetzliches, oder ſtillſchweigendes Pfandrecht einräumen [q]), auch letzteres in peinlichen Fällen von der Zeit der erhobenen Special-Inquiſition und da der Inquiſit auf die Inquiſitional-Artickeln geantwortet, an, billig für begründet annehmen, ſo giebet doch dieſes dem Fiſco zuſtändige Pfandrecht zwar einen Vorzug für jüngere, keinesweges aber für ältere Pfandgläubiger [r]). Würde daher ein Angeſchuldigter nach der bereits wider ihn verhängt ge-

n) Art. 204. P. G. O.

o) Meiſter in den rechtl. Erkenntniſſen und Gutachten in peinlichen Fällen *Dec.* 50. *n.* 27.

p) KOCH *Inſt. Iur. Crimin.* §. 999.

q) *cit. L.* 46. §. 3. *de Iure fiſci. L.* 2. *C. ex quib. cauſ. pign. vel hypoth. tac. contr.*

r) PUFFENDORF *Introduct. in Proc. Criminal. Luneb. c.* 27. §. 20.

weſenen Unterſuchung ſich in neue Verbindlichkeiten eingelaſſen, oder Anleihen machen, ſo ſind letztere den Gerichtsgebühren und andern peinlichen Proceßkoſten billig nachzuſetzen, es mögen ſolche ſpätern Anleihen mit, oder ohne Verſicherung eines Pfandrechts gemacht ſeyn. Dieſe Grundſätze ſind auch auf alle und jede peinliche Gerichte um ſo mehr anzuwenden, als die peinliche Gerichts-Ordnung allen Gerichten ausdrücklich die Wiedererſtattung der Proceßkoſten von den Angeſchuldigten einräumet [s]), folglich es darauf, ob mit der peinlichen Gerichtsbarkeit gerade das Ius fiſci verbunden ſey, oder nicht [t]), dermalen nicht ankommt.

Weil übrigens eines theils der *L.* 46. §. 3. *de Iure fiſci* [u]) allgemein und ohne Einſchränkung redet, wenn er dem Fiſco wegen aller und jeder Anſprüche in den Güthern ſeiner Schuldner ein dingliches Recht zugeſtehet, andern theils aber den Gerichtsgebühren, Wartungs- und Atzungskoſten die rechtlichen Vorzüge der Alimente mit Grunde nicht beſtritten werden können, ſo ſcheinet auch die

s) Art 204 und 219. P. G. O.

t) Dieſe Frage bejahen STRVV. *Ex.* 49. §. 33. MEVIVS *Comm. ad Ius Lubec. L.* 2. *T.* 2. *art.* 14. *n.* 60 — 63. BOEHMER *ad* CARRZOV. *q.* 138. *Obſ.* 10., verneinen aber COTHMANN *Vol.* 2. *Reſp* 55. *n.* 42. Struben in dem erſten Theil der rechtl. Bedenken *n.* 171. §. 2. und im 3ten Theil *n.* 41.

u) v. Fiſcus ſemper habet ius Pignoris. *L.* 2. *C. in quib. cauſ. pign. vel hyp. tac. contr.*

die Meynung derjenigen Rechtslehrer allerdings ſehr vieles für ſich zu haben, nach welcher in peinlichen Fällen die Gerichtsgebühren, wohin auch die Verpflegungs- Wartungs- und Vertheidigungs-Koſten billig zu rechnen ſind, in die vierte Claſſe zu ſetzen und ſodann, wenn zuvor der Beſchädigte ſeine Befriedigung erhalten hat [x]), nicht allein den anderweitigen Foderungen, die jünger ſind, ſondern auch denjenigen Gläubigern, die blos perſönliche und keine ältere dingliche Rechte haben, oder ſogenannte Buchſchuldner ſind, vorgezogen werden müſſen [y]).

x) Art. 157 und 207. P. G. O.

y) I. H. BOEHMER *de praerog. hyp. publ.* CARPZOV. *P.* 1. *Lib.* 28. *Dec.* 102. MÜLLER *ad* STRVV. *Ex.* 49. *Th.* 37. BOEHMER *ad* CARPZOV. *q.* 138. *Obſ.* 10. BOEHMER *ad art.* 158. *CC.* §. 8.

XXXIV.

Ob ein Anwald ohne beſonders habende Vollmacht von ſeinem Gewaltgeber den Richter verwerfen und zum Verabſcheuungs-Eyde zugelaſſen werden könne?

Obzwar verſchiedene Rechtslehrer wider die Zulaſſung des Verabſcheuungs-Eydes (Iuramenti perhorreſcentiae) mancherley einwenden und es für einen wahren Misbrauch des Eydes halten, wenn dieſer, oder jener im Streit befangener Theil, ſtatt hinlängliche Gründe anzuführen, warum er ſich dem Erkenntniß dieſes, oder jenes Richters nicht unterwerfen wolle, damit abkommen kann, daß er mittelſt eines körperlichen Eydes erhärte, wie er nicht glaube, oder dafür halte, daß jener in ſeiner habenden Rechtsſache ihm allenthalben Recht und Gerechtigkeit wiederfahren laſſen werde [a]), ſo vertheidigen gleichwohl andere Rechtslehrer, ebenfalls von Anſehen, den Gebrauch des Verabſcheuungs-Eydes [b]) und berufen

a) CARRACH *Diſſ. de eiuranda eieratione bonae ſpei, ſeu exiguo vſu iuramenti perhorreſcentiae aduerſus iudicem.*

b) BROCKES *de iuramento perhorreſcentiae eiusque vſu practico*, ſ. deſſen *Select. Obſeruat. forenſ. Obſ.* 2.

rufen ſich, auſſer dem ausdrücklichen Ausſpruch der Geſetze, auch auf den faſt durchgängig angenommenen Gerichtsgebrauch [c]).

Ob nun gleich in dem Römiſchen Recht [d]) Spuren von dem Gebrauch des Verabſcheuungs-Eydes vorkommen, ſo iſt es dennoch nicht zu bezweifeln, daß beſonders das Canoniſche Recht zu der eieratione bonae ſpei, oder dem ſogenannten Iuramento perhorreſcentiae die vornehmſte Veranlaſſung gegeben habe, und deſſen Ableiſtung ſolchergeſtalt den Mangel des Beweiſes der exceptionis ſuſpecti iudicis vertrete [e]). Zu den mancherley

c) BOEHMER *in Iur. Eccl. Proteſt. Lib.* 2. *Tit.* 2. §. 72. Seyfart im allgemeinen deutſchen Reichsproceß. Cap. 15. §. 49.

d) *L.* 12. *C. de iudic.* LEYSER *Suppl. ad Spec.* 67.

e) *c.* 11. §. 1. *de Reſcript. in* 6. v. Cum vero eiusdem ciuitatis ſeu dioeceſis fuerint actor et reus, extra ipſas cauſa non committatur, nec conueniatur aliquis eorundem, niſi ab epiſcopo contra aliquem de ſua dioeceſi, vel ab aliquo contra eum, aut contra eius capitulum, ſeu contra vniuerſitatem ciuitatis, villae, aut caſtri fuerit actio dirigenda: vel niſi actor eandem ciuitatem ſeu dioeceſim intrare non audens, aut ſui adverſarii potentiam merito perhorreſcens, eum intra ipſas nequeat conuenire ſecure: in his quippe caſibus extra dictas ciuitatem et dioeceſim poſſit contra praedictos cauſa committi: nullus tamen eorum vltra vnam diaetam a fine ſuae dioeceſis valeat conueniri. Sed et in duobus vltimis caſibus, niſi imperans de praedicto timore, quem in litteris commiſſionis exprimere tenetur, primo fidem iudici faciat, ſaltem per proprium

cherley Gründen, weshalb jene Einrede zur Anwendung kommt, gehören alle diejenigen, weshalb die Unterlaſſung einer pflichtmäßigen Verwaltung der Juſtitz zu beſorgen iſt [f]). So einig man darin iſt, daß die exceptio ſuſpecti iudicis, wenn deren Richtigkeit mittelſt Ableiſtung des Verabſcheuungs-Eydes erhärtet worden, nicht als eine Beſchimpfung, weshalb eine rechtliche Genugthuung gefodert werden könne, anzuſehen ſey [g]), ſo ſind doch über die Frage: Ob bey der Bereitwilligkeit, den Verabſcheuungs-Eyd leiſten zu wollen, nicht der Grund der Furcht, oder des Argwohnes angegeben und zugleich zum wenigſten ſcheinbar gemacht werden müſſe? verſchiedene Meynungen. Diejenigen Rechtslehrer, die den Verabſcheuungs-Eyd für eine Art des Erfüllungs-Eydes anſehen, erfodern, auſſer der Anführung der Beſorgniß, oder der Furcht, wenigſtens einen

proprium Iuramentum: iudex ipſe nullatenus in cauſa procedat, ſed partes a ſua iurisdictione dimittens, impetrantem eundem in expenſis legitimis alteri parti condemnet.

f) BROCKES *c. l.* §. 13. Der berühmte Herr Prof. PÜTTMANN *in Aduerſar. Iur. vniu. Lib.* I. *c.* I. zeiget jedoch mit Widerlegung der Leyſerſchen entgegen ſtehenden Meynung *Spec.* 67. *med.* 3. daß, was die Feindſchaft insbeſondere anlanget, ad recuſandum Iudicem nur eine inimicitia capitalis genüge. *Arg. L.* 3. §. *vlt. de adim. vel transf. leg.*

g) *c.* 5. *X. de except. c.* 39. *de offic. et poteſt Iud. delegat.*

nen halben Beweis des angegebenen Grundes [h]); andere verlangen zwar keinen halben Beweis des Grundes der Verabſcheuung, ſie erfodern aber dagegen wenigſtens eine Anführung der Urſachen, warum man den Ausſpruch des Gerichts, oder des Richters zu fürchten glaubet, damit das Obergericht ſolchergeſtalt über die Wichtigkeit der Urſachen urtheilen, und darnach den angebotenen Verabſcheuungs-Eyd entweder zulaſſen, oder verwerfen könne [i]). Diejenigen Rechtslehrer, welche der letzteren Meynung zugethan ſind, wollen, daß der Verabſcheuungs-Eyd nur in ſoferne an die Stelle der exceptionis ſuſpecti iudicis getreten ſey, als dieſe ihrer Natur nach durch Zeugen, oder Urkunden bewieſen werden müſſe [k]), die wirkliche Ableiſtung des Verabſcheuungs-Eydes aber die Stelle anderer Beweisthümer vertrete [l]). Andere Rechtslehrer halten den Verabſcheuungs-Eyd für eine Art des Eydes für Gefährde, und um deswillen erfodern ſie auch nicht einmal eine allge-

h) LAUTERBACH *de Iuramento perhorreſcentiae* §. 26. *ſeqq.*

i) BROCKES *c. l.* §. 21. und Seyfart a. O. Cap. 15. §. 49.

k) *cap.* 61. *X. de appellat.*

l) FELTMANN *in Tr. de iurament. perhorreſcent. L.* 1. *c.* 4. BERGER *Elect. Diſc. forenſ. pag.* 335 und *in Oeconom. Iur. p.* 919. STRYCK *in V. M. Tit. de iudic.* §. 14. MEV. *P.* 2. *Dec.* 154. BROCKES *c. l.* §. 11. 14. 20. WERNHER *T.* 1. *P.* 5. *Obſ.* 165. und *T.* 2. *P.* 10. *Obſ.* 295.

allgemeine Anführung der Urſachen, ſondern ſind mit der bloßen Abſchwörung völlig zufrieden [m]), und ſtellen es daher zu dem eigenen Ermeſſen der Parthey, ob ſie die exceptionem ſuſpecti iudicis anführen und beweiſen, oder ſtatt derſelben, ſich des Verabſcheuungs-Eydes, als eines vorzüglicheren Rechtsmittels bedienen wolle [n]). Wenn gleich dieſe letztere Meynung und ihre Anwendung zum Misbrauch des Eydes viele Veranlaſſung giebet, und der eigentlichen Abſicht des Verabſcheuungs-Eydes zuwider läuft, ſo iſt dieſelbe gleichwohl, theils um mehrere Weiterungen zu verhüten, theils weil man die Ableiſtung des Verabſcheuungs-Eydes ſchon für eine Art von Demonſtration hält, faſt allgemein angenommen worden, und es pfleget darnach auch bey den höchſten Gerichten gewöhnlich erkannt [o]), und ſolchergeſtalt wider denjenigen, der zur Ableiſtung des Verabſcheuungs-Eydes bereit iſt, kein Beweis des Gegentheils für zuläßig geachtet zu werden [p]). Wie es inzwiſchen des Verabſcheuungs-Eydes nicht bedarf, wenn ein Gericht, oder ein Richter notoriſch partheyiſch iſt, vielmehr ſodann auf Anrufen des ſich beſchwerenden Theils die Acten ſofort

m) BOEHMER *in Iur. Eccl. Proteſt. L. 2. T. 2. §. 74. 77.* MYNSING. *Cent. 3. Obſ. 58. n. 1.* LEYSER *Spec. 67. Coroll. 1.*

n) BOEHMER *ad* TREVTLER *Diſp. 11. Th. 1. lit. a.* WERNHER *T. 2. P. 2. Obſ. 84.*

o) PVFENDORF *Tom. 1. Obſ. 180.*

p) BROCKES *c. l. §. 31.*

ſort abgerufen zu werden pflegen [q]), ſo hat es gleichwohl keinen Zweifel, daß ſolcher Eyd ſowohl vor, als nach der Kriegsbefeſtigung [r]), ſowohl in der erſten, als zwoten Inſtanz [s]), ſowohl wider einzelne Glieder des Gerichts, als wider ein ganzes Collegium zuläßig ſey [t]). Gegentheils pfleget der Verabſcheuungs-Eyd, der Regel nach, ſo wenig wider ſolche Gerichte, von deren Erkenntniſſen nicht appelliret werden kann, und folglich wider die Reichs- und Ober-Appellationsgerichte [u]), als in peinlichen Fällen, für zuläßig geachtet zu werden, es wäre dann, daß in den letzteren der Angeſchuldigte einen auf vieler Wahrſcheinlichkeit beruhenden Grund des Verdachts angeben könnte, und durch die Ableiſtung des Verabſcheuungs-Eydes nicht ſowohl einen Aufhalt, als vielmehr die Beendigung und Beſchleunigung

q) CRAMER *Tom.* 1. *Obſ.* 288.

r) WERNHER *T.* 2. *P.* 7. *Obſ.* 84. Es hat dieſe Behauptung um ſo weniger Zweifel, wenn derjenige, der ſich zum Verabſcheuungs-Eyde erbietet, zugleich zu ſchwören bereit iſt, daß er nach der Einlaſſung auf die Klage allererſt Grund zum Argwohn erhalten habe.

s) BROCKES *c. l.* §. 12. 19.

t) BOEHMER *c. l.* §. 79.

u) BLVM *in Proc. Cam. Tit.* 25. *n.* 11. GAIL *Lib.* 1. *Obſ.* 28. *n.* 3. BERGER *in Oecon. Iur. L.* 4. *T.* 25. *Th.* 4. *n.* 9. MÜLLER *ad* STRVV. *Ex.* 9. *Th.* 9. *l.* λ. Die gegenſeitige Meynung vertheidigen MYNSING. *C.* 3. *Obſ.* 58. ROSENTHAL *de feud. c.* 12. *Concl.* 4. 6.

nigung der Sache ſuchen ſollte [x]). Wenn gleich einige Rechtslehrer [y]) nur den Kläger, nicht aber den Beklagten, zum Verabſcheuungs-Ende zugelaſſen wiſſen wollen [z]), ſo verwerfen doch andere [a]) dieſen Unterſchied und behaupten mit beſſeren Gründen, daß die Befugniß, an ſtatt der exceptionis ſuſpecti iudicis, ſich zum Verabſcheuungs-Eyde erbieten zu können, ſowohl dem Kläger, als dem Beklagten, zuſtehe [b]). Da ferner der Verabſcheuungs-Eyd für eine Unterart des Eydes für Gefährde anzuſehen iſt, letzterer aber durch einen beſonders dazu Bevollmächtigten abgeſchworen werden kann [c]), ſo pfleget es ganz unbedenklich gehalten zu werden, daß auch der Verabſcheuungs-Eyd durch einen beſonders dazu Bevollmächtigten geleiſtet werden könne [d]), zumal,

x) Grundſäze des deutſchen peinlichen Rechts neue Auflage §. 540.

y) MEV. *P.* 6. *Dec.* 71. LAVTERBACH *cit. Diſſ.*

z) *Arg. c.* 11. *de Reſcr. in* 6.

a) CARPZOV. *P.* 1. *Conſt.* 12. *Def.* 29. *n.* 1. BOEHMER *c. l.* §. 73. WERNHER *T.* 2. *P.* 7. *Obſ.* 84.

b) *Arg. L.* 41. *pr.* und *L.* 125. *de Reg. Iur.*

c) *cap.* 3. *de Iuramento Calumniae in* 6. v. Nullam tibi Iudex iniuriam feciſſe cenſetur, qui procuratorem tui aduerſari conſtitutum ad cauſam, habentem ſuper hoc ſpeciale mandatum, admiſit ad praeſtandum in ea calumniae iuramentum.

d) WERNHER *P.* 10 *Obſ.* 295. BROCKES *c. l.* §. 25. Das Gegentheil wollen inzwiſchen die Sächſiſchen Rechte ſ. L. R. B. 1. A. 46 B. 3. A. 88. *Ord. Pr. Sax.*

mal, Inhalts der Vorſchriften bürgerlicher Rechte, die durch einen beſonders dazu Bevollmächtigten geſchehene Eydesleiſtung an und für ſich nicht für widerrechtlich angeſehen zu werden pfleget [e]). Ob es gleich keinem Zweifel unterworfen iſt, daß der Sachwald einer Parthey, der ſich Namens ſeines Principals zur Beſtärkung des Verdachts wider den Richter zum Verabſcheuungs-Eyde erbietet, und ſich durch eine beſondere Vollmacht hiezu rechtfertiget, dazu Namens ſeines Gewaltgebers allerdings zugelaſſen werden müſſe, ſo iſt gleichwohl von demjenigen Geſchäftträger nicht ein gleiches zu ſagen, der lediglich mit einem ſogenannten mandato generali, wiewohl cum libera verſehen iſt [f]).

Eben daſſelbe, was von den Gewaltnehmern überhaupt gilt, und daß dieſelben nur ſodann zur Ableiſtung des Verabſcheuungs-Eydes zugelaſſen werden können, wenn ſie ſich durch eine beſonders erhal-

Sax. Vet. Tit. 18. §. *fin.* „Es ſoll auch ein jeder „Eyd, er ſey für gefährde, iuramentum delatum, „ſuppletorium, oder wie er ſonſt genannt werden „mag, von denen Principalen ſelbſt geleiſtet, kein „Anwald aber, da er gleich ein Special mandatum „hätte, hierinnen zugelaſſen werden.“

e) *L.* 9. §. 6. und *L.* 42. §. 2. *de iureiur.* R. A. von 1654. §. 43. CARPZOV. *P.* 1. *Conſt.* 12. *Def.* 29. *n.* 1. Knorr in der Anl. zum gerichtl. Proceß Cap. 12. §. 20.

f) Eſtor in den Anfangsgründen des gemeinen und Reichsproceſſes Tit. 10. §. 49. ſ. dieſe Beyträge im 2ten Stück *n.* 11.

erhaltene Vollmacht von ihren Machtgebern zu rechtfertigen im Stande ſind, gilt auch bey entſtandenen Concurſen von dem ſogenannten Widerſprecher, oder dem gemeinſchaftlichen Anwalde, wenn er Namens ſeiner Principalen gegen dieſen, oder jenen Richter Einwendungen macht, und ſich zu deren Beſtärkung zum Verabſcheuungs-Eyde erbietet. Würde inzwiſchen ein ſolcher gemeinſchaftlicher Bevollmächtigter bey dem Antrage auf Ableiſtung des Verabſcheuungs-Eydes ſich nicht auf erhaltene Aufträge von geſammten Glaubigern berufen, vielmehr blos als gemeinſchaftlicher Anwald wider das Gericht, oder einzelne Glieder deſſelben ſich zum Verabſcheuungs-Eyde, den er in eigenem Namen abzulegen bereit iſt, erbieten, ſo ſcheinet es, daß er dazu allerdings zugelaſſen werden müſſe. Denn, da ein gemeinſchaftlicher Anwald bald als Kläger, bald aber als Beklagter die Stelle geſammter Gläubiger vertritt, und die Wahl der Einreden und anderer Rechtsmittel meiſtentheils von ſeinem eigenem Ermeſſen abhänget g), ſo ſcheinet es auch keinen Zweifel zu haben, daß ihm diejenigen Rechtswohlthaten, die andern Klägern und Beklagten überhaupt zuſtehen, ebenfalls frey bleiben müſſen. Da nun zu jenen Rechtswohlthaten die Befugniß, durch Ableiſtung des Verabſcheuungs-Eydes, die Erkenntniſſe

g) MANTZEL *de actoris communis officio in concurſu creditorum*, *Roſt.* 1735. Claproth in der Einleitung in ſämtliche ſummariſche Proceſſe S. 80.

niſſe eines anſcheinlich partheyiſchen Richters zu vermeiden, gehört; ſo hat es auch, meinem Bedünken nach, keinen Zweifel, daß, wenn der gemeinſchaftliche Anwald entweder als Kläger, oder als Beklagter, verfähret, er dieſen, oder jenen Richter verwerfen, ſich zum Verabſcheuungs-Eyde erbieten könne, und daß unter ſolchen Umſtänden, oder, wenn er in ſeinem eigenen Namen, wiewohl als gemeinſchaftlicher Anwald, den Eyd abzulegen bereit iſt, die Beybringung einer beſonderen Vollmacht von geſammten Gläubigern von ihm nicht füglich begehret werden möge. Dieſe Sätze laſſen um ſo weniger gegründete Einwürfe zu, als die Gläubiger durch ihre dem gemeinſamen Anwalt ertheilte Vollmacht zu erkennen geben, daß ſie ſich in Abſicht aller rechtlichen Einleitungen, Einreden und geſetzlichen Mittel lediglich auf ſeine Einſicht und Gutbefinden verlaſſen, in ſoferne ihnen daraus kein gegründeter Nachtheil erwachſen kann [h]). Ein anderer Fall würde es inzwiſchen angeführtermaßen ſeyn, wenn der gemeinſchaftliche Anwald nicht ſowohl in ſeinem eigenen, als vielmehr der geſammten Gläubiger Namen beſonders, ſich zur Ableiſtung des Verabſcheuungs-Eydes erbieten ſollte. Denn, ſodann hat es, meinem Bedünken nach, bey der Regel, nach welcher ein Anwald, der Namens ſeines Gewaltgebers den Verabſcheuungs-Eyd leiſten

h) CANTZ. *Diſſ. de Contradictore in concurſu creditorum, Tubing.* 1769.

ſten will, ſich durch eine beſonders erhaltene Vollmacht vorher rechtfertigen muß, lediglich das Bewenden [i]).

Weil auch der gemeinſame Anwald nur das gemeinſchaftliche Intereſſe geſammter Gläubiger wahrzunehmen verbunden iſt, die Vertheidigung der Befugniſſe und Rechte einzelner Gläubiger aber nicht übernehmen darf [k]); ſo erhellet daraus ohne Schwierigkeit, daß in dem Fall, da nur ein, oder mehrere Gläubiger dieſen, oder jenen Richter verwerfen, die Ableiſtung des Verabſcheuungs-Eydes dem gemeinſamen Anwalde nicht füglich übertragen werden könne, ob es gleich jenen frey ſtehet, dazu allenfalls einen beſonderen Bevollmächtigten zu erwählen.

i) *cap.* 3. *de Iuramento Calumniae in* 6. WERNH. *P.* 10. *Obſ.* 295.

k) BALTHASAR *de claſſificat. Creditorum in Concurſu P.* 1. *p.* 4.

XXXV.

XXXV.

Ob die Würderungs-oder äſtimatoriſche Klage von den Erben des Beleidigten fortgeſetzet werden könne?

Daß wider die Erben eines Injurianten bey dem Mangel genommenen Antheils, ohne Unterſcheid, ob die Klage bey Lebzeiten des Injurianten bereits anhängig gemacht worden ſey, oder nicht, keine eigentliche Injurien-Klage ſtatt finde [a]), vielmehr jene blos wegen der thätlichen Injurien ihrer Erblaſſer, und zwar nur in ſoferne zur Erſetzung der Schäden und Koſten gehalten ſind, als die hinterlaſſene Erbſchaft ſolches erlaubet, iſt keinem erheblichen Zweifel unterworfen [b]). Dasjenige, was von den Erben eines Injurianten gilt, ſcheinet auch um ſo mehr auf die Erben des beleidigten Theils gezogen werden zu müſſen, als nicht allein die Geſetze, wenn ſie wollen, daß Injurien-Klagen nicht auf die Erben gehen ſollen, allgemein reden [c]), ſondern auch von einem jeden

Ll 2 billig

a) *L.* 38. *L.* 111. §. 1. *L.* 164. *de R. I. L.* 22. *C. de poen. L. vn. C. ex delict. defunct. in quant. hered. L.* 15. §. 14. *de iniur.*

b) BODINVS *de laeſ. defunct. ab hered. praeſtand.* Meine Grundſätze des deutſchen peinlichen Rechts §. 87. 322.

c) *L.* 15. §. 14. *de iniur.* v. iniuriarum actio quae ex conuicio naſcitur, in haeredes non eſt reddenda, ſed nec haeredi. *L.* 32. *ad L. falcid.*

billig die Vermuthung anzunehmen iſt, daß er bey und mit ſeinem Tode, allen ſeinen Beleidigern werde verziehen haben [d]). Wenigſtens ſcheinen nur diejenigen Fälle, da eine Schmähung, entweder zugleich auf die Erben und die Familie des Beleidigten eine Beziehung hat [e]), oder auch allererſt nach dem Tode des Erblaſſers ausgeſtoſſen wird, und deſſen guten Namen und Andenken ſchmälert [f]), eine Ausnahme von der allgemeinen Regel zu machen. Denn, in dem letzteren Fall hänget, Inhalts der Geſetze, die Erhebung, oder Anſtellung der Injurien-Klage nicht einmal lediglich von der eigenen Willkühr der Erben ab, ſondern ſie ſind dazu in alle Wege verbunden [g]). Auſſer den angeführten Ausnahmen und Einſchränkungen aber ſtehet die Injurien-Klage, dem Anſehen nach, einem Erben nicht zu, und es ſcheinet dieſes auch in allem Betracht von der äſtimatori-

d) I. H. BOEHMER *Diſſ. de iniquitat. et iniuſtit. act. iniuriar. Hal.* 1701.

e) *L.* 11. §. 8. *de iniur.* v. Plane ſi forte filius liberti, vel vxor velint iniuriarum experiri: quia patri maritoue non datur, denegandum non erit, quia ſuo nomine experiuntur. LEYSER *Spec.* 546. *n.* 1. Eiſenhart in dem 7ten Theil der Rechtshändel *n.* 14.

f) *L.* 1. §. 4. *L.* 27. *de iniur. L.* 3. §. 7. *de Sepulch. violat.* LEYSER *Spec.* 547. *n.* 1. COTHMANN *Vol.* 5. *Reſp.* 87. *n.* 10.

g) *L.* 16. *pr. L.* 17. 20. *de his quae vt indignis auferuntur.* MYLIVS *de iniur. mortuis illat. ab hered. vindicand. Lipſ.* 1751. WILLENBERG *de iniur. mort. illat. Gedan.* 1726.

matoriſchen Action, vermöge deren der Beleidigte den Verluſt, den er durch die Beſchimpfung vermeyntlich an ſeiner Ehre und guten Namen erlitten hat, auf einen gewiſſen Geldpreis ſetzen, und auf deſſen wirkliche Auczahlung gerichtlich antragen kann [h]), beſonders gelten zu müſſen. Denn, eines theils gehöret die äſtimatoriſche Action zu den Poenalklagen, die ihrer Natur nach nicht auf die Erben gehen [i]), andern theils iſt ſie von je her den Sitten und Neigungen der Deutſchen zuwider gehalten worden, und daher, wie noch jetzo, verhaßt

h) §. 7. *Inſt. de iniur.* Obwohl die Kläger bey einer äſtimatoriſchen Klage ſich zur eydlichen Erhärtung ihrer gemachten Schätzung zu erbieten pflegen, auch, daß ſolche ſogar bey Strafe der Abſolution des Beklagten von Gerichtswegen aufgegeben werden müſſe, von angeſehenen Rechtslehrern, mit Berufung auf geſetzliche Vorſchriften, vertheidiget wird, GAIL *Lib.* 2. *Obſ.* 102. *n.* 6. MEYER *in Coll. Argent. Lib.* 47. *Tit.* 10. §. 33. ſo pfleget gleichwohl der Gerichtsbrauch, zur Verhütung des Meyneydes, ſolche nicht zu erfodern, vielmehr die Gröſſe der dem Beleidigten zu bezahlenden Summe lediglich zum richterlichen Ermeſſen zu verſtellen. BOEHMER *de actionibus Sect.* 2. *cap.* 11. §. 55. *not.*

i) §. 1. *Inſt. de perp. et temporal. act.* v. Eſt enim certiſſima iuris regula, ex maleficiis poenales actiones in heredem rei non competere, veluti furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, damni iniuriae. Sed heredibus huiusmodi actiones competunt nec denegantur: excepta iniuriarum actione, et ſi qua alia ſimilis inueniatur. *L.* 18. §. 4. *de iniur.* WESTENBERG *in Princip. Iur. Lib.* 17. *Tit.* 10. §. 35 *ſeqq.*

haſſt geweſen, indem für einen unbeſcholtenen Mann nichts erniedrigender ſeyn kann, als wenn er ſeine Ehre und guten Namen mit einem gewiſſen beſtimmten Geldpreiſe in Verhältniß und Vergleichung ſetzet k). Indeſſen ſind alle dieſe Einwürfe nicht hinreichend, den Erben den Gebrauch der äſtimatoriſchen Klage, auſſer den oben bemerkten Einſchränkungen, ſchlechterdings beſtreiten zu können. Denn, da dieſe Action lediglich und allein in dem Römiſchen prätoriſchen Recht ihren Grund hat l), ſo iſt ihre Anwendung auch lediglich nach den Grundſätzen der Römiſchen Geſetze zu beſtimmen, keinesweges aber aus allgemeinen Gründen in Zweifel zu ziehen. Da nun jene, ſowohl bey den Poenalklagen überhaupt m), als

k) Grundſätze des deutſchen peinlichen Rechts dritte Auflage §. 329.

l) §. 7. *Inſt. de iniur.* v. Sed poſtea Praetores permittebant ipſis, qui iniuriam paſſi ſunt, eam aeſtimare, vt iudex vel tanti reum condemnet, quanti iniuriam paſſus aeſtimauerit, vel minoris, prout ei viſum fuerit. Sed poena quidem iniuriae, quae ex lege duodecim tabularum introducta eſt, in deſuetudinem abiit, quam autem Praetores introduxerunt (quae etiam honoraria appellatnr) in iudiciis frequentatur.

m) §. 1. *in fin. Inſt. de perpet. et temp. act.* v. Poenales autem actiones, quas ſupra diximus, ſi ab ipſis principalibus perſonis fuerint conteſtatae, et haeredibus dantur et contra haeredes tranſeunt. *L.* 26. *de O. et A.* Omnes poenales actiones poſt litem inchoatam et ad haeredes tranſeunt. *L.* 33. *L.* 58. *de O. et A.*

als bey den Injurien-Klagen und beſonders bey der äſtimatoriſchen Action, den Unterſchied, ob der Krieg Rechtens bey Lebzeiten des Erblaſſers bereits befeſtiget worden ſey, oder nicht n), anzunehmen, ſo muß es auch bey dieſem Unterſchiede in Beantwortung der Frage: Ob die Erben des Beleidigten die äſtimatoriſche Action fortſetzen können, oder nicht? lediglich das Bewenden behalten o). So wie nun auf der einen Seite, vermöge der vorſtehenden Grundſätze, die Anregung der äſtimatoriſchen Klage bey Erben nicht ſtatt findet, wenn dieſelbe bey Lebzeiten des Erblaſſers nicht ſchon erhoben worden, ſo hat es auf der andern Seite keinen Zweifel, daß die Erben jene Klage fortſetzen können, wenn ſolche bereits bey Lebzeiten des Erblaſſers anhängig gemacht, und zugleich von dem Injurianten der Krieg Rechtens befeſtiget worden. Da nun das Römiſche Recht in ſeinem ganzen Umfange in Deutſchland auf- und angenommen worden, und für deſſen allgemeine Anwendung die Vermuthung obwaltet, ſo pflegen auch die Rechtslehrer die aufgeworfene

 Frage

n) *L.* 13. *pr. de iniur.* v. iniuriarum actio neque haeredibus, neque in haeredes datur. Idem eſt et ſi in ſeruum meum iniuria facta ſit. Nam nec hic haeredi meo iniuriarum actio datur. Semel autem lite conteſtata hanc actionem etiam ad ſucceſſores pertinere. §. 1. *I. de perp. et temp. act.*

o) *L.* 28. *de iniur.* v. Iniuriarum actio in bonis noſtris non computatur, antequam litem conteſtemur.

Frage lediglich nach dem bemerkten Unterſchiede zu beantworten [p]). Es hat inzwiſchen keinen Zweifel, daß die Schätzung der Injurie, oder die Beurtheilung der Größe einer Beſchimpfung, vorzüglich nach der Zeit, da ſie zugefügt, keinesweges aber nach der Zeit, da in der Sache entſchieden worden, geſchehen müſſe [q]).

Wenn man inzwiſchen gleich nicht bezweifeln kann, daß, vermöge des Hilfsgebrauchs des Römiſchen Rechts, nach erfolgter Kriegsbefeſtigung die Erben des Beleidigten die Injurien-Klage, vorzüglich aber die äſtimatoriſche Action fortzuſezzen befugt ſind, ſo iſt gleichwohl dieſer Rechtsſatz nur von der geſchehenen beſonderen Kriegsbefeſtigung (litis conteſtatio ſpecialis) zu verſtehen. Denn da, vermöge des neueſten Reichsabſchiedes [r]), eine jede Einlaſſung auf die Klage ſich auf alle und jede Umſtände derſelben beſonders erſtrecken, oder eine jede litis conteſtatio ſpecialis ſeyn muß, die litis conteſtatio generalis aber verboten iſt [s]), ſo kann auch die von dem Injurianten

p) FABER *Definit. forenſ. Lib.* 9. *T.* 20. *Def.* 2. CARPZOV. *P.* 4. *Conſt.* 42. *Def.* 11. BERGER *in Oeconom. Iur. Lib.* 3. *Tit.* 9. *Th.* 18. MEV. *P.* 2. *Dec.* 136. BOEHMER *de act. c. l.* §. 57.

q) *L.* 21. *de iniur.* v. Iniuriarum aeſtimatio non ad id tempus, quo iudicatur, ſed ad id, quo facta eſt, referri debet.

r) von 1654. §. 37. Es ſollen auch hinfüro ꝛc. ꝛc.

s) SCHAVMBVRG *in Princip. Prax. Iudiciar. Lib.* 1. *Sect.* 1. *membr.* 2. *cap.* 5. §. 3. Seyfart im deutſchen Reichsproceß Cap. 7. §. 5.

ten bey Lebzeiten des Erblaſſers geſchehene litis conteſtatio generalis diejenigen Wirkungen, welche, nach den Vorſchriften des Römiſchen Rechts, mit der Kriegsbefeſtigung überhaupt verbunden waren und wohin beſonders gehörte, daß ſolche Klagen, die ſonſt nicht auf die Erben gingen, nun auf dieſelben kamen, nicht hervorbringen, zumal die äſtimatoriſche Klage überhaupt verhaßt, und daher eher einzuſchränken, als zu erweitern iſt [t]).

Da die Geſetze, wenn ſie wollen, daß die Injurien-Klage, beſonders aber die äſtimatoriſche Action, auf die Erben gehen ſolle, eine wirklich geſchehene Kriegsbefeſtigung zum Grund ſetzen [u]), ſo ſcheinet es auch, daß die ſogenannte ficta litis conteſtatio, die überhaupt nicht allemal mit der vera gleiche Wirkungen hat [x]), wenigſtens dermalen derſelben nicht gleich geachtet werden könne, vielmehr die Erben des Beleidigten, wenn ſie die letztere zu beweiſen nicht im Stande ſind, mit der Fortſetzung der von ihrem Erblaſſer angeregten äſtimatoriſchen Action billig abgewieſen werden müſſen.

Weil ferner, bekannten Rechten nach, die bloße Anführung der Schutzreden den Krieg Rechtens nicht befeſtiget, wenn es an einer beſonderen

t) BOEHMER *Tr. de actionib. c. l.* §. 57.

u) §. 1. *in fin. Inſt. de perp. et temp. act. L.* 26. *L.* 33. *L.* 58. *de O. et A. L.* 13 und 28. *de iniur.*

x) BERGER *in Oecon. Iur. Lib.* 4. *Tit.* 35. *Th.* 13. *n.* 1.

Einlaſſung auf die Klage annoch ermangelt [y]), ſo können auch die Erben eines Beleidigten die äſtimatoriſche Action ſodann nicht fortſetzen, wenn letztere zwar von ihrem Erblaſſer gerichtlich in Anrege gebracht worden, der Injuriant aber ſich nicht darauf beſonders eingelaſſen, vielmehr durch Entgegenſetzung einer, oder mehrerer Schutzreden der wirklichen Einlaſſung auf die Klage auszuweichen geſuchet hatte [z]). Eben das, was jetzt von der bloßen Anführung und Entgegenſetzung gewiſſer Schutzreden geſaget iſt, iſt auch billig von dem Fall zu verſtehen, da bey Lebzeiten des Erblaſſers zwar eine Einlaſſung auf die Klage geſchehen, ſelbige aber dunkel und zweifelhaft geblieben iſt. Denn, der animus litem conteſtandi war nicht allein ſchon bey den Römern [a]) erfoderlich, ſondern iſt auch noch heutiges eine nothwendige Eigenſchaft der Kriegsbefeſtigung, und es iſt daher in Ermangelung

y) *Cap.* 2. *de lit. conteſt. in* 6to v. Si oblato ab actore libello, ex parte rei exceptio peremptoria proponatur, nequaquam per hoc litis conteſtatio intelligitur eſſe facta: imo ea non obſtante (niſi ſit de illis exceptionibus, quae litis conteſtationem impediunt) fieri oportebit eandem.

z) Wenn ſich der Kläger in ſeiner Replic auf die ihm entgegen geſetzten zerſtöhrlichen Schutzreden einläſſet und ihre Anwendung abläugnet, ſo wird zwar ſonſt nach dem Zeugniß bewährter Rechtslehrer die litis conteſtatio als negatiue facta angenommen. CRAMER *Tom.* 4. *Obſ.* 1207; inzwiſchen iſt hievon auf den gegenwärtigen Fall, meinem Bedünken nach, keine Anwendung zu machen.

a) Eſtor in den Anfangsgründen des gemeinen und Reichsproceſſes §. 6. *p.* 3.

lung jener, die letztere ſo wenig überhaupt, als beſonders nach ihren Wirkungen, anzunehmen [b]). Hätte daher der Injuriant ſich zwar auf die wider ihn erhobene äſtimatoriſche Action eingelaſſen, allein nur in dunkeln und zweifelhaften Ausdrücken bey Lebzeiten des Beleidigten geantwortet, ſo läßt ſich auch kein ſogenannter Quaſi-Contract, der ſonſt aus der Kriegsbefeſtigung erwächſet, und weshalb Klagen, die an und für ſich und ihrer Natur nach, von Erben nicht fortgeſetzet werden können, nun auf dieſelben gehen, in keine Wege gedenken. Im Fall aber die von dem Erblaſſer geſchehene Kriegsbefeſtigung die erfoderlichen Eigenſchaften an ſich hat, und daher, weil ſolche vorhanden, die äſtimatoriſche Action von den Erben des Beleidigten fortgeſetzet werden könnte, mag der Injuriant jene dadurch nicht ablehnen, daß er vielleicht kein Vermögen beſitze, um die gefoderte Summe, wenn ſie ihm demnächſt durch Urthel und Recht aufgeleget würde, auszahlen zu können. Denn, eine angeſtellte äſtimatoriſche Action wird nach dem Zeugniß bewährter Rechtslehrer bey den mittelloſen Umſtänden des Injurianten nicht ſofort unſtatthaft, vielmehr iſt ſodann von dem Richter ſtatt der verlangten Genugthuung durch Geld, auf eine verhältnißmäßige Gefängnißſtrafe zu erkennen [c]), oder vielmehr, welches mir angemeſſener zu ſeyn ſcheinet, eine gerichtliche Abbitte mit Vorbehalt der Beſtrafung zu beſtimmen.

b) SCHAVMBVRG *c. l.* §. 2. *not.*
c) SCHILTER *Ex.* 49. §. 27.

XXXVI.

Ob zur Verbindlichkeit eines Bekenntniſſes die geſchehene Annahme des andern Theils erfodert werde?

Da das eigene Bekenntniß nicht allein die Stelle anderer Beweisthümer vertritt [a]), ſondern ſogar den letzteren vorgezogen [b]), nach dem Römiſchen Rechte aber ſogar einer rechtskräftigen Entſcheidung und Verurtheilung gleich geachtet wird [c]), ſo iſt die genauere Beſtimmung der Eigenſchaften eines unwiderruflichen Bekenntniſſes allerdings ſehr nothwendig. Wenn nun gleich die Rechtslehrer in dieſen Haupterfodernißen eines gerichtlichen Bekenntniſſes übereinkommen, daß es vor dem zuſtändigen Gericht, mit völliger Ueberlegung [d]), unumwunden und ohne Einſchränkung, abgeleget worden, auch ſich lediglich

a) *L.* 13. *C. de non numerat. pecun. L.* 2. *C. de transact.* CARPZOV. *P.* 2. *Conſt.* 3. *Def.* 8. *n.* 10.

b) *c.* 10. *X. de probat. c.* 14. *X. de fide inſtrument.*

c) *L.* 1. *D. de confeſſ.* v. Confeſſus pro iudicato eſt qui quodammodo ſua ſententia damnatur. *L.* 25. §. 2. *ad L. Aquil.*

d) Ein Bekenntniß daher, das entweder auf Irthum beruhet, oder hinterliſtiger Weiſe und durch andere unzuläßige Mittel herausgelocket worden, hat keine verbind-

lich auf eigene Thatſachen [e]) beziehen müſſe [f]), ſo herrſchet gleichwohl in Abſicht auf die Frage: Ob auch die Annahme des Bekenntniſſes vom andern Theil in bürgerlichen Sachen zu deſſen Verbindlichkeit und Unwiderruflichkeit erfoderlich ſey? eine groſſe Verſchiedenheit in ihren Meynungen. Denn, wie einige [g]), ohne unter einem gerichtlichen und auſſergerichtlichen Bekenntniſſe zu unterſcheiden, die erfolgte Annahme zur rechtsbeſtändigen Verbindlichkeit erfodern [h]), ſo wollen andere hierauf über-

verbindliche Kraft. *L.* 2. *D. de confeſſ.* FABER *Lib.* 7. *Tit.* 24. *Def.* 5. *n.* 2., ein Minderjähriger aber iſt wider ein ihm nachtheiliges Bekenntniß im vorigen Stande zu ſetzen. *L.* 7. *de minor.*

e) Aus dieſem Grunde kann ſowenig das Bekenntniß des Vormunds dem Pflegbefohlnen, das Bekenntniß des Vaters dem Sohne, der Verwalter einer Commüne der letzteren, als des Gewaltnehmers dem Gewaltgeber in Ermangelung einer beſonderen Vollmacht nachtheilig ſeyn. *L.* 74. *de Reg. Iur. L.* 1. *de alienat. iudic. mutand. cauſ. fact. L.* 6. §. 4. *de confeſſ.* LYNCKER *Cent.* 2. *Dec.* 117. *Cent.* 4. *Dec.* 362. BOEHMER *in Iur. Eccl. Proteſt. Lib.* 2. *Tit.* 18. §. 5.

f) *c.* 1 und 10. *X. de confeſſ. c.* 16. *X. de offic. et poteſt. Iud. deleg. c.* 14. *X. de fid. inſtrument.* I. H. BOEHMER *Inſt. Iur. Canon. Lib.* 2. *Tit.* 18. §. 2. 3. 4.

g) MEV. *P.* 7. *Dec.* 154. *n.* 1. MEYER *in Coll. Argent. Lib.* 42. *Tit.* 2. §. 6. G. I. BOEHMER *in Princip. Iur. Canon.* §. 873.

h) *L.* 6. §. 3. *de confeſſ.* v. ſi quis abſente aduerſario confeſſus ſit, videndum, num quid non debeat pro iudicato haberi, quia nec qui iurat de operis

überall nicht geſehen wiſſen [i]). Diejenigen, welche der letzteren Meynung zugethan ſind, vertheidigen ſolche aus dem Grunde, weil theils heutiges Tages das Bekenntniß in Abſicht auf ſeine Wirkungen einer rechtskräftigen Entſcheidung nicht mehr gleich geachtet werde [k]), theils, das vornehmſte Geſetz, das man zum Beweiſe des Gentheils anzuführen pfleget [l]), auſſer Gebrauch gekommen [m]), theils auch ohne eine beſondere Annahme von dem Gegentheil zu vermuthen ſey, daß er ein ihm zum Vortheil gereichendes Bekenntniß annehmen werde [n]). Andere unterſcheiden unter einem Bekenntniß, das dem, der es gethan, nachtheilig, und einem ſolchen, das dem andern Theil, dem es zum Beſten geſchehen, vortheilhaft iſt und deſſen bisherige Verbindlichkeit aufhebet [o]). Nur in dem erſteren, nicht aber in dem letzteren Fall, erfodern ſie zur Unwiderruflichkeit die Annahme des andern Theils [p]). Noch andere wollen

operis, obligatur: nec ſoleat quis abſenti condemnari. Certe procuratorem, tutorem, curatoremque praeſentem eſſe ſufficit.

i) LEYSER *Spec.* 473. *Coroll.* Struben im erſten Theil der rechtl. Bedenken *n.* 159.

k) HELLFELD *in Iurispr. forenſ.* §. 1800.

l) *L.* 6 §. 3. *de confeſſ.*

m) BRVNNEM. *ad cit. Leg.* HOMMEL *Obſ.* 217.

n) LAVTERBACH *in Coll. Th. pract. Tit. de confeſſ.* §. 15. Struben a. O.

o) MYNSINGER *Cent.* 4. *Iud.* 51.

p) *L.* 40. *D.* und *L.* 4. *C. de pact.*

wollen unter einem gerichtlichen und auſſergerichtlichen Bekenntniſſe unterſchieden wiſſen [q]), und ſind bey jenem mit der bloßen Gegenwart des andern Theils zufrieden [r]), bey dieſem aber erfodern ſie ſeine ausdrückliche Annahme [s]). Wenn dieſe nun wirklich vorhanden, ſo legen ſie dem auſſergerichtlichen Bekenntniſſe eine völlige Beweiskraft, auſſerdem aber nur die Wirkung eines halben Beweiſes, bey [t]). Endlich behaupten andere, daß auch ein auſſergerichtliches Bekenntniß ohne Annahme verbindlich und daher unwiderruflich ſey, wenn nur die Richtigkeit, oder das wirkliche Daſeyn deſſelben, durch genugſame Zeugen, Urkunden und Schriften, oder ſonſt, gehörig bewieſen ſey [u]).

Ziehet man das zum Beweiſe des Satzes, daß zur Verbindlichkeit und Unwiderruflichkeit eines gerichtlichen Bekenntniſſes die Annahme des andern Theils ſchlechterdings erfoderlich ſey, am meiſten angezogen werdende Geſetz [x]) in gehörige Erwägung, ſo ergiebet der Augenſchein, daß ſolches dasjenige in keine Wege beweiſe, oder enthalte,

q) BERGER *in Oeconom. Iur. L. 4. Tit. 25. Th.* 13. *n.* 2. WERNH. *T.* 2. *P.* 10. *Obſ.* 266.

r) *L.* 6. §. 3. *de confeſſ.*

s) *L.* 26. §. *vlt. depoſiti L.* 3. *de confeſſ.*

t) *L.* 58. §. 2. *de aedilit. edict.*

u) LAVTERBACH *in Comp. Iur. Lib.* 42. *Tit.* 2. LVDOVICI *in vſ. practico Diſtinct. Iurid. L.* 42. *Tit.* 2. *Diſt.* 2. SCHORCH *Sent.* 324. *n.* 9.

x) *L.* 6. §. 3. *D. de confeſſ.*

enthalte, was man aus demſelben gewöhnlich zu beweiſen, oder herzuleiten ſuchet. Denn, eines theils erfodert ſolches nicht ausdrücklich die feyerliche Annahme des Geſtändniſſes zur Verbindlichkeit, ſondern blos die Gegenwart deſſen, dem es zum Vortheil gereichen ſoll, andern theils iſt daſſelbe vorzüglich aus den Grundſätzen der Römiſchen Rechte, nach welchem ein ſolches beſchriebenes Bekenntniß die Wirkung einer rechtskräftigen Urthel hatte, und daher wider denjenigen, der es geleiſtet hatte, die actio confeſſoria, als wider einen Verurtheilten, ſtatt fand [y]), vorzüglich zu erklären. Nach dem Römiſchen Rechte bedurfte es nach vorhandenem Bekenntniſſe ſogar keiner eigentlichen Entſcheidung, vielmehr war die nachfolgende Urthel nur lediglich als eine Art von Erklärung anzuſehen, daß ein Erkenntniß mit ſeinen rechtlichen Wirkungen bereits vorhanden ſey [z]). Da nun heutiges Tages die beſchriebenen Wirkungen eines angenommenen Bekenntniſſes nach Römiſchen Rechten keine weitere Anwendung finden, und ein Bekenntniß an und für ſich einer rechtskräftigen Entſcheidung nicht ſchlechterdings gleich geachtet wird, ſo kann es auch ſo wenig auf die Gegenwart des andern Theils bey dem geleiſteten Bekenntniſſe, als auf deſſen förmliche Annahme ferner ankommen, zumal andere deutlich redende Geſetze auf dieſe Umſtände keinen Betracht nehmen,

y) *L.* 23. §. 11. *ad L. Aquil.* HOFACKER *Inſt. Iur. Rom.* §. 421.

z) CUJAC. *obſeruatt. L. XX. c.* 30.

men, vielmehr ein jedes mit gehöriger Ueberlegung geleiſtetes Bekenntniß verbindlich halten, und es im Gegentheil für ein unwürdiges Benehmen erklären, wenn jemand ſeinem eigenen Bekenntniſſe zuwider zu handeln ſuchen wollte [a]). Vermöge dieſer Gründe kann man denjenigen Rechtslehrern, die ein jedes Bekenntniß, es ſey gerichtlich, oder auſſergerichtlich, in ſoferne es nur nicht auf Verſtellung, oder bösliichen und hinterliſtigen Mitteln beruhet, wenn gleich die ausdrückliche Annahme des andern Theils fehlet, für verbindlich halten, ſeinen Beyfall nicht verſagen [b]). Weil inzwiſchen ein Bekenntniß von demjenigen, der es geleiſtet hat, in der Folge leichtlich anders erkläret, oder für verſtellt und irrig angegeben werden könnte, ſo iſt freylich in dieſer Hinſicht, und bey ſolchen Leuten, bey denen man dieß beſorgen muß, die Annahme, wenn gleich nicht nothwendig, doch eine gute Vorſicht. Denn, unter ſolchen Umſtänden nimmt das Bekenntniß die Natur eines Vertrages an, welcher auf beyden Seiten eine verbindliche Kraft erlanget, und der Einwand des Irrthums, der ſonſt einem Bekenntniß in Beyſtimmung der Geſetze gemacht werden

a) *L. 13. C. in fin. de non numerat. pecun.* v. nimis enim indignum eſſe judicamus, quod ſua quisque voce dilucide proteſtatus eſt, id in eundem caſum infirmare, teſtimonioque proprio reſiſtere. *c.* 10. *X. de probat.*

b) LEYSER und HELLFELD *cc. ll.* Struben a. O.

den kann [c]), findet bey einer förmlichen Annahme des geleiſteten Bekenntniſſes nicht füglich einige Anwendung [d]). Bey einem auſſergerichtlichen Bekenntniſſe iſt die Vorſicht, daß ſolches nützlich angenommen werde, um ſo mehr zu empfehlen, als viele Rechtslehrer demſelben ſodann nur die Wirkung eines halben Beweiſes beylegen, wenn entweder die geſchehene Annahme von der andern Seite nicht bewieſen werden kann [e]), oder es auch an der Wiederholung des auſſergerichtlichen Bekenntniſſes, als welche die Kraft eines gerichtlichen Bekenntniſſes hervorbringet, ermangeln mögte [f]). Ob nun gleich der erſte Satz auf einer ganz unrichtigen Erklärung der Geſetze [g]) beruhet, und

c) *L.* 2. *D. de confeſſ.* v. non fatetur, qui errat, niſi ius ignorauit.

d) *L.* 9. *C. de except.* v. ſi quidem intentionem actoris probatione deficere confidis, nulla tibi defenſio neceſſaria eſt. Si vero de hac confitendo, exceptione te munitum aſſeueras, de hac tantum agi conuenit. Nam, ſi etiam de intentione dubitas: habita exceptionis conteſtatione, tunc demum, cum intentionem ſuam ſecundum aſſeuerationem ſuam petitor probauerit, huic eſſe locum monſtrari conuenit.

e) STRVV. *Syntagm. Iur. Ciu. Ex.* 44. *Th.* 25. SCHÖPFER *Synopſ. Iur. Tit. de confeſſ. n.* 15. BERGER *in Oecon. Iur. Lib.* 4. *Tit.* 25. *Th.* 13. *n.* 2. WERNHER *T.* 2. *P.* 10. *Obſ.* 266. LEYSER *Spec.* 473. *n.* 2. HOMMEL *Obſ.* 217.

f) *Arg. L.* 71. §. 2. *de legat.* 1. CARPZOV. *P.* 1. *Conſt.* 16. *Def.* 21. *n.* 4. 5.

g) *L.* 58. §. *fin. de aedilit. edict.* v. Seruum dupla emi: qui rebus ablatis fugit: mox inuentus praeſentibus

und vielmehr dawider, daß ein auſſergerichtliches Bekenntniß, wenn es nur anderweit durch Zeugen, oder Urkunden bewieſen worden, auch ohne erfolgte Annahme des andern Theils, in bürgerlichen Sachen eine völlige Beweiskraft habe, keine erhebliche Zweifel gemacht werden können [h]), ſo geben gleichwohl verſchiedene Rechtslehrer demſelben ihren Beyfall [i]). Aus dieſer Urſache iſt die Annahme des auſſergerichtlichen Bekenntniſſes nicht zu verſäumen, wenn gleich ſolches, an und für ſich betrachtet, daher nichts an ſeiner Kraft gewinnet.

ſentibus honeſtis viris, interrogatus, an et in domo venditoris fugiſſet, reſpondit fugiſſe, quaero, an ſtandum ſit reſponſo ſerui? Paulus reſpondit: ſi et alia indicia prioris fugae non deficiunt, tunc etiam ſerui reſponſo credendum eſt. *c.* 3. *X. de ſucceſſ. ab inteſtat.*

h) LVDOVICI, LAVTERBACH und SCHORCH *cc. ll.*

i) Noch andere Rechtslehrer wollen einem auſſergerichtlichen Bekenntniſſe, wenn es gleich rechtsbeſtändig bewieſen würde, keineswegs die Kraft eines völligen Beweiſes, ſondern nur die Wirkung einer rechtlichen Muthmaſſung, beygelegt wiſſen, ſ. HELLFELD *c. l.* §. 1801. und der daſelbſt angeführte BOEHMER *in Conſult. et Deciſ. Tom.* 3. *P.* 1. *n.* 46. Allein, wenn gleich dieſer Satz in peinlichen Sachen nicht zu bezweifeln ſtehet, Art. 32. P. G. O., ſo iſt gleichwohl davon auf bloſſe bürgerliche Sachen kein Schluß zu machen, vielmehr hat es darin bey der angezogenen Regel lediglich das Bewenden.

In peinlichen Fällen wird die geſchehene Annahm des gerichtlichen Bekenntniſſes nirgends erfodert, vielmehr hat letzteres, um darauf die Verurtheilung bauen zu können, eine völlige Beweiskraft wenn es nach bewieſener Miſſethat, von dem Angeſchuldigten vor beſetztem zuſtändigen Gericht ohne hinterliſtige Ueberredung, frey von Furcht und Zwang abgeleget wird, die angegebenen Umſtände auch nach angeſtellter ſorgfältigen Unterſuchung und Prüfung der Wahrheit gemäß befunden werden, und die bereits vorhandenen Anzeigen an der Richtigkeit des Bekenntniſſes nicht zweifeln laſſen [k]). Daß es insbeſondere in peinlichen Fällen auf die Annahme des gerichtlichen Bekenntniſſes nicht ankomme, iſt daher von ſelbſt klar, weil eines theils die Geſetze dem Angeſchuldigten erlauben, ſein Bekenntniß widerrufen zu können, wenn ſolches entweder auf Irrthum beruhen, oder ſonſt durch unrechtmäßige Mittel bewirket ſeyn ſollte [l]), andern theils aber ſogar nach erfolgter Verurtheilung bey geſchehenem Widerruf die Urthel nicht zur Vollſtreckung gebracht, vielmehr annoch nähere Prüfung und Unterſuchung, ob der Verurtheilte zum Widerruf genugſamen

k) Art. 6. 13. 17. 20. 45. 47. 48. 54. 56. 60. P. G. O. Meine Grundſätze des peinl. Rechts §. 680.

l) Art. 57. P. G. O. BOEHMER *ad hunc art.* §. 5. COTHMANN *Vol.* 3. *Reſp.* 29. *n.* 344. GVAZZINI *Defenſ.* 30. *c.* 37. HARPR. *Conſ.* 94. *n.* 20.

ſamen Grund gehabt habe, oder nicht? eingezogen werden ſoll [m]). Wenn auch gleich bey einer ſolchen Unterſuchung und freygelaſſenen Vertheidigung die Urſache des Widerrufs falſch befunden würde, ſo kann doch ein Erkenntniß, welches nun die Urthel ohne Anſtand zu vollziehen und auf einen etwannigen nochmaligen Widerruf nicht ferner zu achten vorſchreibet [n]), ſich lediglich nur auf die bekannten Urſachen des Widerrufs, die bey der Unterſuchung unrichtig, oder falſch befunden worden, beziehen. Denn, würde ein Verurtheilter ſein Bekenntniß auch zum andern, und vielleicht gar zum dritten mal, aus ſcheinbaren Urſachen widerrufen, ſo iſt auch die erkannte Strafe keinesweges zur Vollziehung zu bringen, vielmehr dem Verurtheilten dennoch eine neue Vertheidigung billig zu erlauben [o]). Ein anders iſt es, wenn man von dem Ungrunde des neuen Widerrufs aus actenkündigen Beweiſen völlig überzeuget ſeyn ſollte [p]).

Außer einem ſolchen beſonderen Fall aber kann man es billig als einen allgemeinen Grundſatz annehmen, daß auch ein Gerichtliches Geſtändniß

 zu

m) Art. 91. P. G. O. *de* BOEHMER *ad cit. art.* §. 1. 2. 7.

n) Dergeſtalt pfleget gewöhnlich erkannt zu werden, ſ. *de* BOEHMER *ad art.* 91. *CC.* SCHORCH *ſentent.* 106. *n.* 7. *Sent.* 187. *n.* 27.

o) Grundſätze des peinl. Rechts. §. 782.

p) LEYSER *Spec.* 589. *n.* 9. SCHORCH *Sent.* 105. *n.* 7.

zu aller Zeit wiederrufen werden könne, wann in Criminal- und Strafſachen nur der Angeſchuldigte die Wahrheit des Gegentheils zu beweiſen im Stande iſt, oder ſolche doch anderweit genugſam dargethan werden könnte [q]).

Sowenig auch zu einem außergerichtlichen Bekenntniß in peinlichen Fällen eine förmliche Annahme erfoderlich iſt, vielmehr das Bekenntniß, wenn es von einer Perſon herrühret, zu der man ſich einer ſolchen böſen That verſehen kann, und ſich auf ein beſonderes Verbrechen beziehet, eine nahe Anzeige hervorbringet [r]), im Fall die Sache ſelbſt, oder das würkliche Daſeyn des außergerichtlichen Bekenntniſſes, entweder durch die nochmalige Bekräftigung und Wiederholung, oder durch zweyer Auſſagen außer Streit geſetzet worden, ſo hat gleichwohl ein außergerichtliches Bekenntniß, wenn es ſchon alle gehörige Eigenſchaften hätte, in peinlichen Fällen niemals die Wirkung eines vollſtändigen, ſondern nur eines halben Beweiſes [s]). Sollte inzwiſchen nur von geringen Verbrechen, oder Begünſtigungen die Rede ſeyn, ſo pfleget man nach dem Gerichtsbrauch ein außergerichtliches Bekenntniß, zumal, wenn es oft wiederholet worden, für hinreichend zu halten,

q) LEYSER *Spec* 473. *med.* 9. und 10. Weſtphal im Criminal-Recht. S. 211. *n.* 21.

r) Art. 32. P. G. O. KOCH *Inſt. Iur. Crimin.* §. 738.

s) Die angezogenen Grundſätze des peinlichen Rechts §. 616. und 682.

ten, um darauf die Verurtheilung zu einer geringen, oder bürgerlichen Strafe bauen zu können [t]). Doch muß es mit gehöriger Ueberlegung abgeleget, und den bekannten Umſtänden und Anzeigen gemäß, daher aus vernünftigen Gründen, daran nicht im mindeſten zu zweifeln, ſeyn, vielmehr ſolches nach aller Wahrſcheinlichkeit ſeine Richtigkeit haben.

t) *L. 6. de accuſat. arg. L. 22. C. ad SCtum Velteian.* LEYSER *Spec.* 635. *n.* 10. KOCH *c. l.* §. 817.

XXXVII.

Von der Landesherrlichen Beſtätigung in peinlichen und Strafſachen.

In verſchiedenen Ländern [a]) iſt es ein auf beſondern Landesgeſetzen beruhender Gerichtsbrauch, daß ſowohl höhere, als niedere Gerichte wegen ſolcher Erkenntniſſe, die ſich entweder auf die Vollziehung einer Leibes- oder Lebensſtrafe, oder auf den Gebrauch der Marter beziehen, zuvor die Landesherrliche Beſtätigung gebührend nachſuchen müſſen [b]).

Dieß wollen einige Rechtslehrer vom Anſehen auch an den Orten, wo es an ausdrücklichen Landes-

a) Die Churbrandenburgiſche Criminal-Ordnung c. 10. §. 9. und die Hannöverſche Landes-Conſtitution vom 29. Julii 1734. In letzterer heißt es unter andern: „Hingegen aber in „wichtigen Fällen, ſo oft es auf eine Tortur, Re„legation, oder Leib- und Lebensſtrafe ankommt, „die Acta von einem Re- und Correferenten alles „Fleißes geleſen und nach erſtatteter Relation und „gemachten Collegial-Schluß eine bisher gewöhnli„che ſpecies facti, worin alle relevante Umſtände „und inſonderheit die zur Sache dienende Auſſagen „der Inquiſiten und abgehörten Zeugen mit ihren „eigenen Worten nebſt Allegirung der Acten anzu„führen, an Uns eingeſchickt werden ſollen.“

b) Struben in dem 4ten Theil der rechtlichen Bedenken *n.* 78. PUFENDORF *in Proceſſ. crimin.* c. 21. §. 3.

Landesherrlichen Vorſchriften dieſerhalb ermangelt, und ſolcher Geſtalt daher bey allen und jeden Gerichten in Anwendung gebracht wiſſen, wenn auf eine Todesſtrafe erkannt wird [c]). Ob nun zwar dieſer Satz ſich im Allgemeinen füglich nicht vertheidigen läßt, ſo hat es doch im Gegentheil ebenfals ſeine Richtigkeit, daß ein Landesherr, der gewiſſe Criminal-Acten mit dem darin abgefaßten Erkenntniſſe abfodert, um, bewandten Umſtänden nach, ſich entweder ſeines Begnadigungsrechts bedienen, oder das Erkenntniß allenfalls beſtätigen zu können, dazu ohne Unterſchied der peinlichen Gerichte und der begangenen Verbrechen, in alle Wege befugt ſey. Dieſer Satz iſt um ſo weniger erheblichem Zweifel unterworfen, als die Befugniß, bekannte, oder überwieſene Verbrecher begnadigen, und ihnen die nach den Geſetzen verwirkte Strafe erlaſſen, oder die letztere wenigſtens mildern zu können, zu den unveräuſſerbaren Hoheitsrechten der Landesherren gehöret, die ſich daher bey einer jeden, auch unbeſtimmt geſchehenen, Verleihung der peinlichen Gerichtsbarkeit, ohne die Größe des begangenen Verbrechens und deſſen Strafe in Betracht zu ziehen, allemal von ſelbſt verſtehet und als ſtillſchweigend

c) *de* BOEHMER *ad art.* 94. *CC.* §. 1. v. diuerſa eſt ratio confirmationis ante publicationem a principe petendae, *quae in capitalibus vbique deſideratur*, in non capitalibus, vel ſi tortura dictata, a mera conſuetudine, vel lege prouinciali dependet. Brunnemann in der Anweiſung zum Inquiſitions-Proceß Cap. 11. §. 2.

gend vorbehalten, billig anzuſehen iſt [d]). Da auch ein Landesherr ſowohl vor, als nach geendigter Unterſuchung, einen Verbrecher begnadigen kann, ſo folget von ſelbſt, daß es von des Landesherrn eigenen Gutbefinden abhänge, wenn er etwa auch während der Unterſuchung die Acten abzufodern nöthig finden ſollte, um demnächſt dem Verbrecher, entweder die nachgeſuchte Vertilgung des Andenkens der Sache, oder wenigſtens die Aufhebung der bisher vorgeweſenen Unterſuchung, angedeyen zu laſſen, oder ihn auch mit ſeiner eingewandten Bitte abzuweiſen, folglich das bisherige gerichtliche Verfahren zu beſtätigen [e]).

Weil auch die ohne allen Vorbehalt geſchehene Verleihung der peinlichen Gerichtsbarkeit nur dergeſtalt zu erklären iſt, daß der Landesherr in der erſten Inſtanz ſowenig durch Concurrenz und Mitausübung, als durch Abforderung der Verbrecher und der abgehaltenen Protocolle, eine Beeinträchtigung, oder Stöhrung bey der Ausübung des peinlichen Gerichtszwanges vornehmen wolle, ſolche aber keineswegs die dem Landesherrn allemal ſtillſchweigend vorbehaltene Landesherrliche Ober-

d) Carrach in den rechtl. Urtheilen und Gutachten in peinlichen Sachen *n.* 48. Die Hofnung Begnadigung zu erhalten iſt jedoch dem durch Strafen abgezielten Endzweck entgegen, und möchte durch beſondere Landesherrliche Erklärungen ſchlechterdings abzuſchneiden ſeyn. ſ. Meinen Entwurf zum Geſetzbuch im 3ten Theil §. 101.

e) CRAMER *Tom.* 3. *Obſ.* 947. und *Tom.* 6. *Obſ.* 1422.

Oberaufſicht ausſchließet f), ſo ergiebet ſich daher von ſelbſt, daß in dem Fall, da der Landesherr lediglich aus der Urſache die Einſendung der Acten und Protocolle begehren würde, um zu prüfen, ob den vorhandenen Beweiſen und Anzeigen gemäß wider den Angeſchuldigten verfahren ſey, oder nicht, ſolches in keine Wege für eine Art von Eingriff in verliehene Gerechtſame angeſehen werde könne, vielmehr dem Landesherrn vorbehalten bleibe, nach genommener Durchſicht der Unterſuchungs-Acten das etwa bereits gefällte Erkenntniß, oder das bisher beobachtete Verfahren, entweder zu beſtätigen, oder eine andere Verfahrungs-Art vorzuſchreiben. Da auch die landesherrliche Oberaufſicht über verliehene Gerechtſame bey dem Mangel einer ausdrücklichen Erklärung des Gegentheils, ihrer Natur und Eigenſchaft nach, ſo wenig wegen der beſondern Größe des begangenen Verbrechens, als wegen des beſonderen Vorzuges der Gerichte, irgend einige Einſchränkung zuläßt, ſo erhellet auch hieraus von ſelbſt, daß es bey der aus landesherrlicher Macht und Gewalt geſchehenen Abfoderung der Acten mit dem darin vielleicht ſchon abgefaßten Erkenntniſſe nicht darauf ankomme, ob ſich jemand über Gewalt und Unrecht beſchwere, oder nicht, ob das Verbrechen von größerer, oder minderer Beträchtlichkeit ſey, ob das bisher beobachtete Verfahren

f) Meiſter in der ausführlichen Abhandlung des peinl. Proceſſes in Deutſchland, im erſten Abſchnitt im eilften Hauptſtück. §. 27.

fahren an und für ſich zu rechtfertigen ſtehe, oder nicht.

Weil auch ein jedes in peinlichen Fällen abgefaßtes und eröfnetes Erkenntniß die Gewalt des Richters bey der würklichen Vollſtreckung voraus⸗ſetzet, und nur in demjenigen Gericht, allwo daſſelbe ausgeſprochen worden, zumal, wenn von der Verurtheilung zu einer gewiſſen Strafe die Rede iſt [g]), eine zu recht beſtehende Verbindlichkeit nach ſich ziehet, ſo ergiebet ſich hieraus von ſelbſt, daß, wenn in dem von einem nachgeordneten Gericht, entweder eingeholten, oder ſelbſt geſprochenen Urtheil auf Veſtungsbau⸗ Zucht⸗ oder Spinnhausſtrafe, oder auf die Landesverweiſung erkannt iſt, vor Vollziehung derſelben die landesherrliche Beſtätigung ſchlechterdings, und zwar auch ſodann nachgeſuchet werden müſſe, wenn gleich die Urthel ſolches nicht genau, oder ausdrücklich enthielte, oder beſtimmte [h]). Aus der angeführten Urſache aber bedarf es bey einer bloßen Ausweiſung aus dem Gerichtsbezirk, bey dem Mangel anderer erheblichen Bedenklichkeiten, der landesherrlichen Beſtätigung nicht.

Da

g) Eine Sententia abſolutoria erlanget gegentheils ſofort mit dem Augenblick, da ſie eröfnet worden, vires rei iudicatae, und es kann darauf bey einem jeden peinlichen Gericht als auf eine exceptionem litis ingreſſum impedientem Bezug genommen werden. LINCKER *Dec.* 359. STRVV. *Ex.* 46. *Th.* 24. WINCOP *de favore innocent.* §. 33.

h) *L.* 4. §. 10. *de interdict. et relegat.* HARPRECHT *Conſ.* 76. *n.* 137. BOEHMER *ad art.* 98. *CC.* §. 4.

Da ferner ein jedes nachgeordnetes Gericht nur auf gewöhnliche, oder auf ſolche Strafen, die entweder durch Geſetze, oder wenigſtens durch den Gerichtsbrauch beſtätiget werden, erkennen kann, der Gebrauch ungewöhnlicher Strafen, oder eines ungewöhnlichen Verfahrens aber als eine Ausnahme von der Regel, die kein Richter auf dem Grunde der zuſtändigen Gerichtsbarkeit vornehmen kann, anzuſehen iſt [i]), ſo ergiebet ſich hieraus von ſelbſt, daß, wenn auf eine ungewöhnliche Strafe, oder auf ein ungewöhnliches Verfahren von auswärtigen Rechtsſtühlen erkannt ſeyn ſollte, derſelben würkliche Vollſtreckung ohne Landesherrliche Genehmigung und Beſtätigung nicht geſchehen könne, vielmehr damit ſolange, bis jene auf geſchehene Nachſuchung eingegangen iſt, Anſtand genommen werden müſſe. Es iſt inzwiſchen hier von ſolchen ungewöhnlichen Strafen, oder einem ſolchen ungewöhnlichen Verfahren die Rede, welche füglich in Anwendung zu bringen ſtehen. Denn wenn das Gegentheil ſtatt fände, und das vorgeſchriebene Verfahren, oder die beſtimmte Strafe ſchlechterdings nicht, oder wenigſtens nicht ohne große Beſchwerde, in Anwendung zu bringen ſtünde, pfleget gewöhnlich an dasjenige Gericht, das die Urthel, oder das Erkenntniß ausgefertiget hat, um eine andere Strafe, oder ein anderes

i) MANTZEL *in Iur. Crimin. Meckl.* §. 12. und *in Diſſert. de ergaſt. prouincial. commode adornand.*

res Verfahren zu beſtimmen, zurückgeſchrieben zu werden.

Würde an denjenigen Oertern, allwo die Tortur noch gebräuchlich iſt, wegen der beſonderen Größe der Miſſethat und der vorzüglichen Stärke der Anzeigen, entweder auf ungewöhnliche, oder härtere Grade der Marter, oder auch in Abſicht ſolcher Perſonen, die man ſonſt gewöhnlichermaßen nicht zu foltern pfleget [k]), jene gleichwohl erkannt ſeyn, ſo hat es, vermöge des angeführten Grundes, daß ein Unterrichter ſich von den Geſetzen und den in letzteren gegründeten Strafen und Verfahren eigenmächtig keine Abweichungen erlauben darf, nach dem Gerichtsbrauch keinen Zweifel, daß in beyden angezogenen Fällen vor Anwendung der ungewöhnlichen Tortur die landesherrliche Beſtätigung nachgeſuchet werden müſſe [l]).

Im Fall auch die Landesgeſetze, oder die gemeinen Rechte, die Strafe dieſes, oder jenen Verbrechens zwar deutlich beſtimmen, es auch an geſetzlichen Milderungs-Gründen ermangelte, inzwiſchen gleichwohl erhebliche Bedenklichkeiten vorhanden wären, um im gegenwärtigen Fall das Geſetz nach dem Buchſtaben in Anwendung zu bringen, ſo darf gleichwohl der Grundgerichts-Herr oder ein anderer nachgeordneter Richter bey dem abzu-

k) *L.* 8. *pr. L.* 11. 12. 17. *C. de Quaeſt. L.* 10. *C. de dignitat. L.* 6. *C. de Profeſſor. et Med.*

l) KRESS *ad art.* 58. *CC.* SCHORCH *Sent.* 59. und 179. **Meine Grundſätze des deutſchen peinlichen Rechts in der neueſten Auflage** §. 725. 728. 735.

abzufaſſenden Erkenntniß nicht eigenmächtig von dem Geſetz abgehen, vielmehr iſt deſſen Pflicht, darüber zuſörderſt die landesherrliche Beſtätigung gehörig nachzuſuchen [m]). Eben daſſelbe gilt auch beſonders von dem Fall, da ein Landesgeſetz, wonach entweder die Strafe dieſes, oder jenes Verbrechens, oder das zu beobachtende Verfahren zu beſtimmen, dunkel und zweifelhaft ſeyn, mithin eine Erläuterung nothwendig machen ſollte [n]). Denn, unter ſolchen Umſtänden iſt es die Pflicht des Richters, entweder vor dem abzufaſſenden Erkenntniß die Landesherrliche Erklärung gebührend nachzuſuchen, oder doch zum wenigſten ſeine vermeyntlich mit dem Geſetz übereinſtimmende Entſcheidung vor ihrer würklichen Vollziehung landesherrlich beſtätigen zu laſſen. Dasjenige, was überhaupt von ungewöhnlichen Stra-

m) PVFFENDORF *Tom.* I. *Obſ.* 236., welcher merklich ſchreibet: Iudex pro re nata poenam lege definitam, ſi legis ratio admittat, mitigare poteſt, ceterum ſi nihil occurrat, quod arbitrium iudicis recipiat, poenam corporalem a lege propoſitam, praeſertim inconſulto principe in pecuniariam poenam conuertere nequit. Quis enim non intelligit, ſubſtituta poena pecuniaria mitiorem ſubrogari? Lege autem mitior Iudex, miniſter legis eſſe non poteſt. Idem in ſubſtituta alia poena mitiori dicendum eſt. Es ſind inzwiſchen andere, welche dieſe Grundſätze in Abſicht der Grundgerichtsherrn einzuſchränken ſuchen. ſ. WERNHER *Diſſ. de. iure poenas in mulctam conuertendi nobilibus dominisque iurisdictionalibus competente.*

n) Meiſter *a. O. n.* 2.

Strafen und einer dazu erfoderlichen landesherrlichen Beſtätigung gilt, iſt auch beſonders von dem Fall zu ſagen, wenn ein Gerichtsherr etwa ein beſonders Zucht- Spinn- oder anderes Werkhaus auf ſeinem Gute, oder doch zum wenigſten in ſeinem Gerichtsſprengel anlegen, oder ſonſt eine bisher nicht üblich geweſene Leibesſtrafe einführen wollte o). Inzwiſchen iſt es einem Gerichtsherrn gewöhnlich wohl erlaubt, wegen geringer Verbrechen den Thätern, an ſtatt der Gefängnißſtrafe, eine ungewöhnliche Handarbeit von einigen Tagen als eine beſondere Strafe aufzulegen p), da, nach dem Zeugniß der Rechtslehrer, der Gerichtsbrauch dem Richter eine ſolche Umänderung geſtattet. Eben ſowenig hat es Zweifel, daß ein Grundgerichts-Herr die etwa zerfallene Gerichtsplätze in ihrem vorigen Zuſtand ohne Anfrage wieder herſtellen könne; wo nicht ein ſträflicher Misbrauch ihren Verfall verurſachet und der Gerichtsherr ſeine Gerichtsbarkeit verlohren hätte.

Da ferner ein Richter die von einheimiſchen, oder auswärtigen Rechtsgelehrten eingeholte Urthel pünktlich vollziehen muß, und ſolche eigenmächtig ſowenig umändern, als mildern darf, ſo würde

o) REINHARD *de ergaſtulis eorumque iure. Erford.* 1734. §. 5.

p) LEYSER *Spec.* 536. 540. 553. 591. 602. HOMMEL *Obſ.* 119. MANZEL *in Iur. Crim. Meckl.* §. 12. und *in Diſſert. de ergaſt. prouincial. commode adornand.*

würde derſelbe ſich eines ſtrafbaren Vergehens, oder des Criminis Syndicatus ſchuldig machen, wenn er ohne Vergünſtigung und Erlaubniß ſeines Oberherrn, oder des von letzterem angewieſenen Obergerichts, bey dieſem, oder jenem Verbrechen von der ihm vorgeſchriebenen Strenge abweichen [q]), oder auch nach geſchehener Vollziehung der Strafe den Verurtheilten von den mit der Strafe ihrer Natur, oder den Geſetzen nach verbundenen Folgen befreyen, oder ihm die Wiedereinſetzung im vorigen Stand angedeyen laſſen wollte [r]), indem es dem Rechte und der Urthel nach bey der Strafe und den damit verbundenen Folgen das Bewenden behalten muß [s]). Würde inzwiſchen ein Verwieſener aus dringenden und erheblichen Urſachen um einen Aufenthalt von wenigen Tagen anſuchen,

q) THOMASIVS *Diſſ. de Iudice ſentent. ab actis remouente.*

r) *L. 4. D. de poen. L. vlt. C. de ſentent. paſſ.* BERGER *in Oeconom. Iur. Lib. 3. Tit. 15. Th.* 17. GRIBNER *Diſſ. de Iur. Princip. reſtituend. fam. Viteb.* 1720.

s) In dem entgegen geſetzten Fall aber, und wenn ſich nach vollzogener Strafe die Unſchuld eines Verurtheilten offenbaren ſollte, hat es keinen Zweifel, daß ein jeder Richter diejenigen Folgen, welche die ſolchergeſtalt unrechtmäßige Strafe nach ſich gezogen, in ſoferne ſie noch zu ändern ſtehen, wieder aufheben könne. *L. vlt. §. fin. C. de. ſentent. paſſ.* MANTZEL *Diſſ. de honorific. dimiſſ. innocent. Roſt.* 1731. *Sect.* 5.

chen, ſo kann bey dem Mangel gegründeter Bedenklichkeiten, ein jeder Richter dergleichen kurze Friſt, oder Aufenthalt wohl geſtatten [t]).

Wenn gleich, nach dem Zeugniß verſchiedener Rechtslehrer, einer nachgeordneten Obrigkeit freyſtehet, diejenige Art der Infamie, die lediglich in beſonderen Statuten einer gewiſſen Stadt, oder Zunft ihren Grund hat, wieder aufzuheben [u]), oder einem Verbrecher ſeine Ehre in dem Erkenntniß beſonders vorzubehalten, wenn er ſie gleich in Betracht der Miſſethat, die er begangen, verwirket hatte [x]), oder, an ſtatt dieſer, oder jener Strafe, womit der Verluſt der Ehre, der Regel nach, verbunden iſt, auf eine andere zu erkennen [y]), ſo ſind gleichwohl dieſe Grundſätze ſodann ſchlechterdings nicht in Anwendung zu bringen, wenn die Landesgeſetze die Recht- oder Ehrloſigkeit [z]) ausdrück-

t) MEV. *P.* 8. *Dec.* 172.

u) LYNCK *de iur. reſtituend. fam. Th.* 8. MOLLENBEC. *de aggratiat. Iud. iure aggratiand. deſtitut. c.* 2. §. 1.

x) MEV. *P.* 3. *Dec.* 32. CARPZOV. *q.* 94. *n.* 78. GAIL *Lib.* 1. *Obſ.* 65. *n.* 6. HARPRECHT *de reſeruat. honor. in ſentent. iudic.* §. 11. 31.

y) *Arg. L.* 13. *de his qui not. infam.* COTHMANN *Reſp.* 50. *n.* 23. Struben im 3ten Theil der rechtl. Bedenken *n.* 23.

z) Den Unterſchied unter Ehrloſe und Rechtloſe, Anrüchtige und Verfeſtete, verzöllete Männer beſtimmet mit vieler Gründlichkeit der berühmte Herr Profeſſor WOLTAER in ſeinen *Obſeruationibus, quae ad Ius Ciuile et brandenburgicum pertinent. Faſcic.* 1. *Obſ.* XXII. *p.* 122. und 123.

drücklich auf ein Verbrechen ſetzen, oder jene bereits durch eine förmliche Urthel, welche auch bereits die Rechtskraft erlanget hätte [a]), erkannt ſeyn ſollte. Denn, in dieſen beyden Fällen iſt die Landesherrliche Erlaubniß, oder Beſtätigung allemal nothwendig, und es kann die den Geſetzen, oder der Urthel nach verwürkte Recht- oder Ehrloſigkeit ſowenig von einem nachgeordneten Richter nachgelaſſen, als wieder aufgehoben werden [b]).

Würde, Inhalts des erfolgten Erkenntniſſes, ein Verbrecher mit dem Verluſt des Dienſtes, und wohl gar überdeß noch mit der Dienſt-Unfähigkeit zu beſtrafen ſeyn, der Dienſt aber von dem Landesherrn vergeben werden, ſo darf ein Unterrichter ohne Landesherrliche Beſtätigung das Erkenntniß nicht einmal dem Angeſchuldigten eröfnen, noch weniger zur Vollziehung bringen, wenn jener gleich ſeinem Gerichtszwange unwiderſprechlich unterworfen wäre.

Obgleich angeſehene Rechtslehrer [c]) bey ſolchen Urtheilen, welche die Landesherrlichen Obergerichte entweder ſelbſt abfaſſen, oder auswärts

Nn 2 einholen,

a) Daß es bey einer jeden Art der eigentlichen Infamie vorzüglich auf Condemnationem Iudicis, die zugleich vires rei iudicatae erlanget hat, ankomme, zeiget gleichfalls Herr Prof. WOLTAER *c. l. p.* 129.

b) Grundſätze des deutſchen peinlichen Rechts §. 100.

c) Herr Hofrath Claproth in der Einleitung in ſämtliche ſummariſche Proceſſe, im peinlichen Proceß S. 133.

einholen, die Beſtätigung, beſonders aus dem Grunde überhaupt erfodern [d]), damit der Landesherr ſolchergeſtalt Gelegenheit habe, jene Urtheile vorkommenden Umſtänden nach zu ſchärfen, oder zu mildern [e]), ſo ſcheinet gleichwohl dieſe Meynung bey dem Mangel beſonderer Landesgeſetze keinen Beyfall zu verdienen, zumal das Römiſche Recht bey der Beſtimmung der Hoheitsrechte deutſcher Landesherren theils keine Anwendung findet, theils die angeführte Stelle nur von einem beſonderen Fall redet. Ich gebe inzwiſchen gerne zu, daß wenn ein Angeſchuldigter, entweder wegen der ihm zuerkannten Strafe, oder wegen der wider ihn beobachteten Verfahrungsart ſich auf die Landesherrliche Gnade, oder Gerechtigkeit berufen ſollte, ein anderes ſtatt finde [f]).

Denn,

d) *Arg. L.* 2. §. *de poen.* v. Eum accipiemus damnatum, qui non prouocabit, ceterum, ſi prouocet, nondum damnatus videtur. Sed etſi ab eo qui ius damnandi non habuit, rei capitalis quis damnatus ſit, eadem cauſa erit. Damnatus enim ille eſt, vbi damnatio tenuit.

e) *Arg. L.* 16. §. 10. *de poen.* v. non nunquam euenit, vt aliquorum maleficiorum ſupplicia exacerbentur, quotiens nimirum multis perſonis graſſantibus exemplo opus ſit.

f) In einigen Ländern iſt anſtatt der Appellation den Verurtheilten unter gewiſſen Einſchränkungen vermöge beſonderer Geſetze erlaubt, den Recurs an die Landesherrſchaft zu nehmen, ſ. *Conſtitutio Criminalis Thereſiana*, oder der Römiſch. Kaiſerl. zu Hungarn und Böheim ꝛc. ꝛc. Königl. Apoſtol. Majeſtät Marien Thereſien peinliche Gerichts-Ordnung, im 42ſten Artikel.

Denn, da einem Angeſchuldigten unter allen Umſtänden die Vertheidigung und die Wahl der Mittel, wie er dieſelbe führen wolle, billig frey bleiben muß [g]), ſo handelt auch der Richter, bey dem Mangel näherer Vorſchriften, am vorſichtigſten, wenn er unter ſolchen Umſtänden, ehe die Urthel vollzogen oder ſonſt weiter verfahren wird, die Landesherrliche Beſtätigung gebührend nachſuchet.

Wäre auch an ſolchen Oertern, allwo die öffentliche Kirchenbuße [h]) annoch im Gebrauch iſt, auf ſolche, wegen eines etwa gegebenen großen Aergerniſſes erkannt worden, ſo pfleget gleichwohl, bey dem Mangel einer anderweitigen allgemeinen, oder beſonderen Erlaubniß, in proteſtantiſchen Ländern ſolche ohne Vorwiſſen und Genehmigung des Landesherrn, als des höchſten Biſchofs, nicht leicht zur wirklichen Vollziehung gebracht zu werden.

Mir genüget, hier der merkwürdigſten Fälle, in welchen die Landesherrliche Beſtätigung in peinlichen und Straſſachen entweder nothwendig iſt, oder wenigſtens durch eine vernünftige Vorſicht

 ange=

g) *L. 21. C. de probat. L. 6. de appellat. L. 33. de procurat.* Art. 88. P. G. O. WINCOP *de fauor. innocent.* §. 26.

h) In Mecklenburg iſt zur Verhütung der Kindermorde, wegen gepflogener Unzucht vermöge der Landesverordnung vom 27ſten April 1753. die Kirchenbuße völlig aufgehoben worden.

angerathen wird, gedacht zu haben. Ich ſchlieſſe daher die ähnlichen Vorfälle nicht aus, und habe die angeführten nur gleichſam als Beyſpiele, wonach man ſich unter gleichen Umſtänden zu verhalten habe, anzeigen wollen. In denjenigen Ländern, wo die Criminal-Sachen an ein gewiſſes Ober- oder Criminal-Gericht beſonders gewieſen ſind, pflegen auch die Untergerichte von jenen die Beſtätigung ihrer Erkenntniſſe, oder ihres Verfahrens nachzuſuchen, in ſoferne hierunter in den Landesgeſetzen nicht etwas näheres beſtimmet seyn ſollte.

XXXVIII.

XXXVIII.

Von dem Unterſchiede unter auszahlen und bezahlen bey genehmigten Geld-Anweiſungen.

Zu einem Rechtsſtreit, der nachhin durch verſchiedene Inſtanzen geführet worden, gab folgender Fall eine Veranlaſſung. Ein gewiſſer Schuldner wies in einem an ſeinen Gläubiger abgelaſſenen Briefe denſelben wegen ſeiner Befriedigung an einen namentlich genannten Sachwald an. Als dem letzteren erſagter Brief von dem Gläubiger vorgezeiget wurde, genehmigte ſolcher ſofort unter demſelben die geſchehene Anweiſung in folgenden Ausdrücken: **Da es mir gleich viel iſt, ob ich die Gelder an *A.*, oder an *B.* auszahle, ſo hat es keinen Zweifel, daß ich dieſer Aſſignation gelebe und die Gelder an *B.* auszahle.** Nun zahlte zwar der Beklagte den gröſſeſten Theil der angewieſenen Gelder ſeinem Verſprechen gemäß an den B. wirklich, mit der Auskehrung des Reſtes aber zögerte er aus dem Grunde, weil die für den A. zu erhebenden Gelder ſämtlich noch nicht eingegangen wären. Da nun des Reſtes wegen zur Klage geſchritten wurde, ſo begehrte zwar der Beklagte ſeine zum Grunde der Klage geſetzte Handſchrift nicht abzuläugnen, ſetzte aber dem Kläger zuförderſt exceptionem deficientis

cientis cauſae debendi, entgegen. Hienächſt behauptete er, daß er ſich nicht ſowohl in eigener Perſon verbindlich gemacht, als vielmehr bey der acceptirten Anweiſung lediglich auf diejenigen Gelder, die er Namens des A. von einem gewiſſen Juden zu erheben gehabt, geſehen habe; daß aber ſolche Gelder nur ſo weit, als er die Bezahlung wirklich geleiſtet habe, eingegangen wären. Er glaubte um ſo mehr von aller ferneren Anſprache wegen der von ihm acceptirten Anweiſung befreyet werden zu müſſen, als er bey Genehmigung der Anweiſung ſich nicht des Ausdrucks: **bezahlen**, ſondern: **auszahlen**, bedienet hätte; der letzte Ausdruck aber nach ſeiner bekannten gewöhnlichen Bedeutung ſich nicht ſowohl auf eine eigene Schuld, als lediglich auf die Auskehrung fremder Gelder, bezöge. Ueberdieß finde die wider ihn angeſtellte actio ex delegatione hier um ſo weniger ſtatt, als die Natur derſelben allemal vorausſetzte, daß der debitor delegatus zugleich ein wirklicher Schuldner des delegantis geweſen ſey, und bey der von ihm geſchehenen Genehmigung der Anweiſung die Abſicht gehabt habe, ſich in eigenem Namen, oder als Selbſtſchuldner zu verbinden. So lange alſo von dem Kläger das letztere noch nicht bewieſen ſey, ſey die Klage unſtatthaft, und Beklagter von derſelben, nach geſchehener Erſetzung der Koſten, zu entbinden.

Es ſchien nun zwar, auſſer dem Mangel der cauſae debendi, in dem zum Grunde der Klage geſetz-

geſetzten Inſtrument [a]), dem Beklagten beſonders zu ſtatten zu kommen, daß der Kläger die Einrede, daß jener ſich nur bedingt, nicht aber in eigenem Namen, verbindlich gemacht, noch weniger die Anweiſung als Selbſtſchuldner angenommen habe, nicht ablehnen, oder das Gegentheil davon beweiſen könnte. Der Einwand des Beklagten, daß er ſtatt: bezahlen, gefliſſentlich den Ausdruck: auszahlen, gebrauchet habe, um dadurch zu erkennen geben zu wollen, daß er ſich nicht ſowohl in eigenem, als vielmehr in fremden Namen verbindlich machen wolle, war um ſo mehr ſcheinbar, als nicht allein das Wort: auszahlen, gewöhnlich von fremden Geldern verſtanden zu werden pfleget, ſondern auch aus dem zum Grunde der Klage geſetzten Inſtrument allem Anſehen nach keine Anerkennung einer Selbſtſchuld, oder eine ſogenannte expromiſſio bewieſen werden konnte. Weil auch überdieß die Geſetze in zweifelhaften Fällen den Beklagten für dem Kläger begünſtiget wiſſen wollen [b]), ſo ſchiene auch um deswillen das Verlangen des Beklagten ein vieles vor ſich zu haben, daß der Kläger vor allen Dingen zu beweiſen habe, wie er ein wirklicher Schuldner von dem A. geweſen, und ſeine Abſicht daher bey der acceptirten Anweiſung dahin gegangen ſey, ſich in eigenem Namen zu verbinden,

 oder,

a) *L. 49. §. 2. de pecul. L. 25. §. 4. de prob. c. 14. X. de fid. inſtrument.*

b) *L. 125. de Reg. Iur. L. 4. et vlt. C. de edend. L. 17. C. de probat. c. 5. X. de except.*

oder, wie er wenigſtens für Rechnung des A. ſo viele Gelder, als zur Befriedigung des Klägers erfödert würden, wirklich empfangen habe.

Allein, dieſem allen ungeachtet konnte der Beklagte nicht verlangen, daß ſeinen Anträgen gemäß erkannt würde. Denn, eines theils hatte er die Anweiſung ſchlechterdings und ohne allen Zuſatz, oder Bedingung genehmiget, welches zur Begründung der angeſtellten Klage ex delegatione, deren ſich der Kläger bedienet hatte, genügte [c]); andern theils fallen bekanntlich nach erfolgter Delegation diejenigen Einwendungen, die etwa dem Deleganten rechtlich gemacht werden konnten, von ſelbſt weg. Denn, es iſt in den Geſezzen deutlich gegründet, daß nach geſchehener Delegation der debitor delegatus diejenigen Exceptiones, die er ſonſt dem Deleganten hätte machen können, verliere, und ſie dem neuen Gläubiger um ſo weniger machen könne [d]), als der debitor

c) *L. 6. C. de Nouat.* MEV. *P. 6. Dec.* 12.

d) *L.* 19. *D. de Nouat. et delegat.* v. Doli exceptio, quae poterat deleganti opponi, ceſſat in perſona creditoris cui quis delegatus eſt. Idemque eſt in caeteris ſimilibus exceptionibus: imo et in ea, quae ex ſenatus conſulto filio familias datur. Nam aduerſus creditorem, cui delegatus eſt ab eo, qui mutuam pecuniam contra ſenatus conſultum dederat, non vtetur exceptione, quia nihil in ea promiſſione contra ſenatus conſultum fit: tanto magis, quod hic nec ſolutum repetere poteſt. add. *L.* 2. §. 20. *de doli mali et met. except.*

debitor delegatus wegen der acceptirten Delegation gleichſam ex quaſi donatione gehalten wird [e]), auch die Delegation, ihrer beſondern Natur nach, keine weiteren Ausreden wider den neuen Gläubiger zuläßt [f]). Denn eben darin beſtehet der Hauptunterſchied unter einer Ceſſion und Delegation, daß bey jener der Ceſſionarius alle diejenigen Ausreden, die er wider den Cedenten hatte, auch wider ſeinen jetzigen Gläubiger in Anrege bringen kann, bey dieſer aber der delegatus debitor diejenigen Rechtsbehelfe, die er wider den Deleganten hatte, verlieret [g]), ſo bald er ſich die Delegation gefallen laſſen und darin ausdrücklich eingewilliget hat [h]). Weil die Geſetze bey einer ohne alle Bedingung und Einſchränkung genehmigten

e) *L. 12. de nouat. et delegat.* v. ſi quis delegauerit debitorem, qui doli mali exceptione tueri ſe poſſe ſciebat, ſimilis videbitur ei, qui donat: quoniam remittere exceptionem videtur.

f) *cit. L. 19. de nouat. et delegat.* v. ideo autem denegantur exceptiones aduerſus ſecundum creditorem, quia in priuatis contractibus et pactionibus non facile ſcire petitor poteſt, quid inter eum qui delegatus eſt, et debitorem actum eſt: aut etiam ſi ſciat, diſſimulare debet, ne curioſus videatur, et ideo merito deneganda eſt aduerſus eum exceptio ex perſona debitoris.

g) PVFENDORF *Tom. 1. Obſ. 174. §. 3.*

h) *L. 1. C. de nouat et delegat.* v. delegatio debiti, niſi conſentiente et ſtipulante promittente debitore iure perfici non poteſt. Nominis autem venditio et ignorante vel inuito eo, aduerſus quem actiones mandantur, contrahi ſolet.

migten Delegation die wider den Deleganten zuſtehende Rechtsbehelfe nicht ferner für ſtatthaft erkennen, ſo wäre es auch in dem gegenwärtigen Fall um ſo mehr eine Schuldigkeit des Beklagten geweſen, wenn er ſich nur bedingungsweiſe hätte verbindlich machen wollen, ſich dieſerhalb bey der Genehmigung der Anweiſung ſofort näher und deutlicher zu erklären, auch ſich ſeine nachhin gebrauchten Ausreden ausdrücklich vorzubehalten. Nun aber konnte demſelben die Schutzwehr, die er in dem angenommenen Unterſchiede unter: auszahlen und: bezahlen zu finden meynte, um ſo weniger zu ſtatten kommen, als in zweifelhaften Fällen allemal die dem Geſchäft, wovon die Rede iſt, am angemeſſenſte Auslegung anzunehmen iſt [i]). Da auch überdieß die Worte, durch welche der Beklagte die auf ihn geſchehene Geldanweiſung genehmiget hatte, völlig beſtimmt und deutlich waren, ſo konnte es auch um ſo weniger auf ſeine etwa dabey gehabten Gedanken ankommen, als, bekannten Rechten nach, wenn die Bewegungs-Gründe, oder Bedingungen desjenigen, der ein Verſprechen gethan hat, zur Zeit der Ertheilung des letzteren unbekannt, oder wenigſtens nicht ausdrücklich hinzugefüget worden ſind, es bey dem gewöhnlichen Sinn der Worte, wenn ſolche anders einen beſtimmten Verſtand und Bedeutung haben, lediglich das Bewenden behalten

i) *L. 67. de Reg. Iur.* v. Quotiens idem ſermo duas ſententias exprimit: ea potiſſimum excipiatur, quae rei gerendae aptior eſt.

halten muß [k]). Der Einwand, daß in der genehmigten Anweiſung die cauſa debendi fehle, konnte dem Beklagten um ſo weniger behülflich ſeyn, als es eines theils nicht unumgänglich erfoderlich iſt, daß die cauſa debendi ausdrücklich, oder namentlich dem Inſtrument hinzugefüget worden ſey, vielmehr es völlig genüget, wenn ſolche in der Verſchreibung nur tacite, oder implicite vorhanden iſt [l]), andern theils aber, nach bewährter Rechtslehrer Zeugniß, ein ſonſt gültiges Inſtrument, oder eine ſonſt verbindliche Verſchreibung, aus dem Grunde, weil darin die cauſa debendi fehlet, nicht angefochten werden kann [m]).

Vermöge der bisher angeführten Gründe wurde daher in der erſten Inſtanz erkannt: daß, weil Beklagter das Original der copeylich producirten Verſicherung ausgeſtellet und geſchrieben zu haben nicht abgeleugnet, deſſen Einwendungen aber für erheblich nicht zu achten, ſo ſey derſelbe ſchuldig, dem Kläger den eingeklagten Reſt nebſt Verzugszinſen binnen vierzehn Tagen zu entrichten und die Koſten zu erſtatten. Obwohl der Beklagte

k) *de* CRAMER *Tom.* 3. *Obſ.* 810. und *Tom* 4. *Obſ.* 1129. v. Ex quibus ſequitur, quod ſi de motiuo paciſcentium expreſſe non conſtat, non aliud locum habeat de intentione ipſorum iudicium, quam id, quod ipſa verba important, inprimis, ſi haec clara ſunt, ac determinato ſenſu gaudent.

l) WERNHER *Tom.* 1. *P.* 4. *Obſ.* 185.

m) WERNHER *Tom.* 3. *P.* 1. *Obſ.* 39.

klagte hiewider ein Rechtsmittel einlegte, auch auf ſein Verlangen die Acten verſandt wurden, ſo erfolgte gleichwohl eine Beſtätigung des vorigen Urtheils, und der Beklagte wurde überdieß in die Koſten der neuen Inſtanz verurtheilet. Weil bey dieſem Erkenntniß keine Zweifels- und Entſcheidungs-Gründe befindlich waren, und nach des Beklagten Vorgeben auf ſeine vermeyntlich erheblichen Einwendungen kein Betracht genommen worden: ſo ergrif er dawider das Remedium Reſtitutionis in integrum ordinarium, und verband damit ſogar, unbehutſam, und wider den Landesgebrauch, die Querelam nullitatis n). Weil aber der

n) Derjenige, welcher ſich des Remedii Reſtitutionis bedienet, ſetzet dabey allemahl ſtillſchweigend voraus, daß das Erkenntniß an und für ſich recht und gültig ſey, und verlanget nur aus gewiſſen Gründen der Billigkeit dawider in vorigem Stand geſetzet zu werden, oder er bringet auch neue und bisher unbekannte Gründe vor, die eine Umänderung der vorigen Urthel bewürken können. Derjenige aber, der da will, daß ein Urthel nichtig ſey, behauptet, daß entweder den Geſetzen, oder den verhandelten Acten und Beweiſen zuwider geſprochen ſey, und es folglich keiner neuen Gründe zur Umänderung der Urthel bedürfe. An und für ſich betrachtet iſt es daher widerſprechend, wenn man wider ein Erkenntniß das Remedium Reſtitutionis und die Querelam nullitatis, entweder zugleich, oder, nachdem jenes verworfen worden, ergreifet, ſ. PUFENDORF *Tom.* 4. *Obſ.* 225. In Mecklenburg iſt inzwiſchen nach den Landesgeſetzen die Verbindung des beneficii reſtitutionis und nullitatis erlaubt, jedoch dabey eine Einſchränkung gemacht,

der Beklagte nur ſeine vorigen, angezogenermaſſen ungegründeten Argumente, mehrentheils wiederholte, der Mangel der Rationum bey einem gefällten Erkenntniſſe aber an ſich keine eigentliche Nichtigkeit der geſprochenen Urthel nach dem Gerichtsgebrauch bewirket [o]), ſo wurden die vorigen Erkenntniſſe bey einer aufs neue geſchehenen Verſendung der Acten an eine Facultät um ſo mehr ſchlechterdings beſtätiget, als es an eigentlichen nouis ermangelte [p]). Der Beklagte wurde überdieß in die Koſten der jetzigen Inſtanz verurtheilet [q]).

macht, ſ. die Hof= und Landgerichts=Ordnung Th. 2. Tit. 36. §. 4. „und ſtehet einem jeden frey, „beneficium reſtitutionis et nullitatis zu cumu= „liren; aber wenn er ſich des einen allein oder auch „beyder zugleich unternommen, ſoll ihm zu dem an= „dern hernach zu ſchreiten, oder ſich auch, in ſol= „chen Fällen, der Apellation zu gebrachen, verbo= „ten und benommen ſeyn.“

o) Seyfart im deutſchen Reichsproceß Cap. 23. §. 12.

p) Struben in dem vierten Theil der rechtl. Bedenken *n.* 201. PVFENDORF *Tom.* 1. *Obſ.* 156.

q) In den Hannöverſchen Landen iſt dem Juſtiz=Reglement von 1718. §. 19. beſonders vorgeſchrieben, daß, wenn die letzte Urthel ohne die mindeſte Abänderung beſtätiget wird, der Gebrauch der Rechtsmittel mit der Erſetzung der Koſten in der neuen Inſtanz beſtrafet werden ſolle.

XXXIX.

Einige Zuſätze zu der Lehre von der Verbindlichkeit der Erben, die von ihrem Erblaſſer verwirkten Geldbußen zu bezahlen.

Zu den ausgemachten Rechtswahrheiten kann man billig rechnen, daß die Strafen der Verbrechen nur die eigentlichen Urheber und Theilnehmer treffen [a]), auf die Erben und Anverwandten aber, der Regel nach, keine Beziehung haben können [b]), beſonders, wann von Leib- und Lebens-, oder eigentlichen peinlichen Strafen die Rede iſt [c]). Eine ganz andere Beſchaffenheit hat es bekanntlich mit den Geldbußen, oder ſolchen Strafen, die lediglich auf das Vermögen des Verbrechers eine Beziehung haben. Dieſe ſind nämlich auch von den Erben auszukehren, wenn ſie ſich entweder in ausdrücklichen Geſetzen gründen,

a) §. 2. *Inſt. de obl. ex delict. L.* 22. *C. de poen. L.* 2. §. 7. *de decur. L.* 9. *de ſenat. Tit. C. ne uxor pro marito.* CRAMER *Tom.* 2. *Obſ.* 558. DAVNIS *ad L.* 22. *C. de poen. Vltraj.* 1728.

b) *L.* 38. 44. 111. *de Reg. Iur. L.* 16. 20. *de poen. L.* 6. *de publ. Iudic. L.* 10. *ad SCtum Turpillian. L.* 22. *de nou. op. nunc.* KRESSEL *de act. ex delict. in hered. non dand. Lugdun.* 1776.

c) BOEHMER *ad* CARPZOV. *P.* 3. *q.* 131. *Obſ.* 1.

den [d]), und daher ipſo iure ſtatt finden, oder wenn der Verbrecher nach geſchehener Verurtheilung allererſt verſtorben wäre [e]). Andere Rechtslehrer wollen zwar, in anſcheinender Beyſtimmung verſchiedener Geſetze [f]), daß die Erben ſchon ſofort nach geſchehener Kriegsbefeſtigung gehalten ſeyn, und daher die nach dem Tode ihres Erblaſſers erkannte Geldbuße bezahlen müſſen, wenn nur derſelbe litem conteſtiret habe [g]). Allein, der angezogene *L.* 20. *D. de accuſat.*, der nach den gegründeten Bemerkungen berühmter Rechtslehrer [h]) nicht ſowohl auf eine eigentliche Einziehung des Vermögens einzuſchränken, als viel-

d) *L.* 1. §. 4. *ad SCtum Turpillian.* v. Nam (vt Papinianus reſpondit) facti quidem quaeſtio in arbitrio eſt iudicantis: poenae vero perſecutio non eius voluntati mandatur, ſed legis auctoritati reſeruatur. *L.* 8. *C. ad L. Iul. Maieſt.* BEREZ *ad Cod. Lib.* 9. *Tit.* 6. *n.* 5.

e) *L.* 20. *D. de accuſat.* v. ex iudiciorum publicorum admiſſis non alias tranſeunt aduerſus heredes poenae bonorum ademptionis, *quam ſi lis conteſtata et condemnatio fuerit ſecuta. L.* 22 *D. ad SCtum Silan. L.* 14. §. 2. *C. de SS. eccleſ. L.* 6. *C. ſi reus vel accuſ.*

f) L. 26. 33. und 58. *de O. et A. L. un. C. ex delict. defunct. L.* 1. *C. ſi reus vel accuſ.*

g) LYNCKER *Reſp.* 63. *n.* 9. FABER *Lib.* 9. *Tit.* 2. *Def.* 5. *n.* 3. und *Tit.* 20. *Def.* 2. *n.* 4. CARPZOV. *P.* 4. *Conſt.* 42. *Def.* 12. RINCK *de poen. ſine culp.*

h) BOEHMER *ad* CARPZOV. *c. l.*

vielmehr auch auf Geldbußen auszudehnen iſt, iſt dieſer Behauptung gerade entgegen, und der Gerichtsgebrauch ſtimmet ebenfalls damit überein [i]). Wenn ferner andere Rechtslehrer die Erben zur Bezahlung einer ſolchen Geldbuße, darauf allererſt nach dem Tode des Verbrechers erkannt worden, gehalten wiſſen wollen, wenn letzterer bey ſeinem Leben, entweder der That überwieſen geweſen, oder auch ſolche unumwunden eingeſtanden hätte [k]), ſo iſt doch dieſe Meynung eigentlich nur ſodann mit Grunde zn vertheidigen, wenn der Verbrecher, entweder durch einen freywilligen Selbſtmord, oder ſonſt auf eine freventliche Weiſe, das gegen ihn auszuſprechende Erkenntniß unwirkſam zu machen geſuchet hätte [l]). Ob zwar die Erben zur Bezahlung der Geldbuße gehalten ſind, wenn ſolche entweder ſich auf ausdrückliche geſetzliche Vorſchriften gründet, oder auch der Erblaſſer bey ſeinem Leben dazu bereits verurtheilet geweſen iſt, ſo kann gleichwohl eine bereits erkannte Strafe nach dem Tode des Verbrechers ſo wenig in eine Geldbuße verwandelt und die Bezahlung

i) WERNH. *P. 7. Obſ.* 15. HARPRECHT *Conſ.* 48. *n.* 65. BOEHMER *ad* CARPZOV. *c. l.* KOCH *Inſt. Iur. Crimin.* §. 80.

k) BRVNNEM. *ad L.* 1. *C. ſi reus vel accuſ.*

l) *L.* 3. §. 3. *C. de bon. eor. qui ante ſentent. vel mort. ſibi conſciu.* v. ergo ita demum dicendum eſt, bona eius, qui manus ſibi intulit, fiſco vindicari, ſi eo crimine nexus fuit, vt ſi conuinceretur, bonis careat. Art. 135. P. G. O.

lung derſelben den Erben angemuthet werden m), als wenig letztere bey dem Mangel des Vermögens anderweit zu beſtrafen ſind n). Im Gegentheil ſcheinet die Meynung richtig, daß die Erben die Geldbuße ſodann abführen müſſen, wenn darauf bey dem Mangel der von dem Angeſchuldigten zu leiſtenden endlichen Reinigung bereits vorläufig erkannt worden, letztere aber bey Lebzeiten des Angeſchuldigten nicht wirklich geleiſtet worden o). Unter allen Umſtänden ſetzet inzwiſchen die von den Erben ihrer Erblaſſer wegen zu bezahlende Geldbuße ein von jenen wirklich erhaltenes Vermögen voraus. Denn, die Erben ſind zur Abführung der Geldbuße, Inhalts der Rechte, nur in ſoweit gehalten, als es die Verlaſſenſchaft des Verurtheilten zuläſſet, niemals aber dazu aus eigenen Mitteln verbunden p). Man muß inzwiſchen hiebey allemal vorausſetzen, daß die Erben den Mangel einer genugſamen Verlaſſenſchaft gehörig

m) *L. 33. de Obl. et Act.* LÜD. MENCKEN *de reo eiusq. hered. ex delict. poen. corp. afflict. merente haud obligato.*

n) *L. 6. D. publ. Iudic.* v. defuncto eo, qui reus fuit criminis, et poena exſtincta, in quacunque cauſa criminis exſtincti debet cognoſcere, cuius de pecuniaria re cognitio eſt. *L. 21. D. de poen. L. 2. C. ſi reus vel accuſ.* MENCKEN *de tergo ſubſidiar. Th.* 16.

o) *Arg. L. 20. de accuſat.* WERNH. *V. 3. ſuppl. ad P. 4. Obſ.* 151. *n.* 48 ſqq.

p) *c. 14. X. de ſepultur. c. 9. X. de uſur. c. 28. X. de ſentent. excomm.*

hörig zu beweiſen vermögend seyn. Denn, in Entſtehung deſſen hat, der Aehnlichkeit des Rechts gemäß, die Verbindlichkeit zur Abführung der Geldbuße kein Bedenken.

Mehreren Zweifeln ſind die Fragen unterworfen: ob die Erben auch ſodann zur Bezahlung der Geldbuße für ihren Erblaſſer verbunden ſind, wenn die Urthel dem letzteren entweder die Wahl unter einer Geldbuße und einer andern Strafe ausdrücklich zugeſtanden hat, und jener, ohne ſich darüber zu erklären, verſtorben iſt, oder wenn der Verurtheilte von dem Erkenntniß, worin auf eine Geldbuße, wo nicht ſchlechterdings, doch zum wenigſten alternative, erkannt worden, eine neue Vertheidigung ergriffen hat und darüber hingeſtorben iſt? So wenig es gegründeten Zweifeln unterworfen seyn kann, daß der Erbe zur Bezahlung der erkannten Geldbuße ſodann gehalten sey, wenn der Erblaſſer nicht ſowohl wegen der aufgelegten Geldbuße überhaupt, als vielmehr lediglich wegen der Größe derſelben eine neue Vertheidigung unternommen, oder eines andern Rechtsmittels ſich bedienet, und die darauf folgende Urthel die Geldbuße verlangtermaßen leidlich beſtimmet hat; eben ſo ausgemachten Rechtens iſt es, daß der Erbe die erkannte Geldbuße ſodann bezahlen müſſe, wenn nach freygelaſſener Vertheidigung die erſte Urthel, entweder ſchlechterdings, oder nur mit kleinen Abänderungen, die in die Hauptſache keinen Einfluß haben, beſtätiget wird, und dabey das letztere Erkenntniß als rechtswidrig mit

Grunde

Grunde nicht angefochten werden kann [q]). Es mag auch zur Begründung des Gegentheils nicht in beſondere Erwägung kommen, daß die angezogenen Geſetze eines theils nur von der Appellation reden, andern theils aber ſich auf eine publicationem bonorum beziehen. Denn, da heutiges Tages die neue Vertheidigung die Stelle der Appellation vertritt, ſo muß auch um ſo mehr, von jener eben das gelten, was die Geſetze von dieſer vorſchreiben, da der Grund des angezogenen Geſetzes [r]) ſowohl bey einer neuen Vertheidigung,

 als

q) *L. 6. C. ſi reus vel accuſat. mortuus fuerit.* v. ſi quis cum capitali poena vel deportatione damnatus eſſet, appellatione interpoſita et in ſuſpenſo conſtituta, fati diem functus eſt crimen morte finitum eſt. Idem obſeruatur, et ſi accuſator pendente appellationis tempore vltimum diem obiiſſet. *Sin autem relegationis poenam ſuſtinuit, et in parte bonorum damnatus appellatione vſus eſt, etiam poſt mortem eius nihilominus appellationis ratio examinabitur: cum deſideretur, vtrum valeat nec ne particularis publicatio. L. 1. ſi pendent. appell. mors intervenerit.* v. quamuis pendente appellatione morte rei crimen exſtinctum ſit: data tamen etiam de parte bonorum eius ſententia proponitur aduerſus quam non aliter is, qui emolumentum ſucceſſionis habet, obtinere poteſt, quam ſi in reddendis cauſis appellationis iniquitatem ſententiae detexerit. BRVNNEM. *ad L. 6. C. ſi reus vel accuſ.*

r) *L. 6. ſi reus vel accuſator mortuus fuerit* v. etiam poſt mortem eius nihilominus appellationis ratio examinabitur: cum deſideretur, vtrum valeat nec ne particularis publicatio.

als bey der Appellation, in Anwendung kommt. Dasjenige aber, was in den Geſetzen ſogar von Einziehung der Güther verordnet, iſt um ſomehr auf eine jede erkannte Geldbuße zu ziehen, als der Schluß a Maiori ad Minus hier ganz unbedenklich iſt.

Weil, der Regel nach, bey ſogenannten poenis alternatiuis dem Richter die Wahl gebühret [s]), Leibes- und andere Strafen auch nicht auf die Erben gehen, ſo ſcheinet es keinen Zweifel zu haben, daß der Erbe die Geldbuße bezahlen müſſe, wenn gleich ſeinem Erblaſſer unter ſolcher und einer andern die Wahl gelaſſen wäre, allein derſelbe bey ſeinem Leben entweder gar nicht gewählet, oder doch wenigſtens der andern verhältnißmäßigen Strafe ſich nicht unterworfen hätte. Denn unter ſolchen Umſtänden hat es bey dem bekannten Grundſatz der Rechte, daß derjenige, dem zwar die Wahl unter zweyen Verbindlichkeiten frey ſtehet, der aber nur eine zu erfüllen im Stande iſt, zu dieſer ſodann ſchlechterdings gehalten ſey, lediglich das Bewenden. Wie inzwiſchen dem Erblaſſer, in ſoferne er ſich nicht bereits zur Bezahlung der aufgelegten Geldbuße verſtanden hatte, frey ſtand, wider die Urthel, die ihm jene auflegte, zuläßige Rechtsmittel zu ergreifen, ſo ſind auch die letzteren demjenigen Erben, der ſich in

s) CARPZOV. *P.* 4. *Conſt.* 48. *Def.* 8. BOEHMER *ad art.* 108. *CC.* WERNH. *P.* 2. *Obſ.* 461. Die gegenſeitige Meynung vertheidiget LEYSER *Spec.* 644. *Med.* 6.

in Anſehung der aufgelegten Geldbuße entweder überhaupt, oder doch in Anſehung der Summe, beſchweret hält, nicht zu verweigern. Denn, ſo wenig ſich hier eine Verſchiedenheit des Grundes findet, ſo ſehr tritt ſelbſt die Billigkeit auf die Seite der Erben. Ueberdieß iſt es in Abſicht der letzteren Pflicht, allen Nachtheil, der dem guten Namen des Erblaſſers wiederfähret, ſoviel immer möglich, abzuwenden [t]). Würde inzwiſchen der Erblaſſer ſich bereits zur Bezahlung der Geldbuße verſtanden haben, es ſey nun, daß ſie ihm entweder ſchlechterdings aufgeleget, oder ihm die Wahl unter derſelben und einer andern frey gelaſſen worden wäre; ſo kann der Erbe ſich ſo wenig entziehen, ſolche, in ſoweit es der Nachlaß zuläßt, abzuführen, als es ihm ferner zu erlauben iſt, jenes Erkenntniß anzufechten, oder eine neue Erörterung der Sache zu verlangen, indem unter ſolchen Umſtänden für den Erben nichts weiter übrig iſt, als, dasjenige zu erfüllen, wozu ſich der Erblaſſer bereits verbindlich gemacht hatte, und nach der Beſchaffenheit ſeines Nachlaſſes auch mit Rechtsbeſtande thun konnte.

t) *L. 16. pr. L. 17. 20. de his quib. vt indign. c. 16. C. XI. q. 3.* MYLIVS *Progr. de iniur. mort. illat. ab hered. vindicand. Lipſ.* 1751.

XL.

Vom ſtillſchweigenden Verboth der ſogenannten Quartae Falcidiae.

Nach dem älteren Römiſchen Rechte konnte die den Erben zuſtehende Befugniß, den vierten Theil der Erbſchaft inne zu behalten, oder den Legatarien ſo viel, als ſolcher vierte Theil betrug, zu kürzen, von dem Erblaſſer auf keine Weiſe aufgehoben, oder auch nur eingeſchränket werden, vielmehr war es den Erben vergönnet, ſogar wider Willen des Erblaſſers und wider deſſen ausdrückliches Verboth die ſogenannte Quartam Falcidiam abzuziehen [a]). Dieſe Vorſchrift des Römiſchen Rechts beruhete unſtreitig wohl auf dem bekannten Grundſatz, daß alle ſolche Rechte, die einmal von der geſetzgebenden Gewalt, zumal in Teſtaments- und Erbſchaftsſachen eingeführet worden waren, nach bloßer Willkühr von Privatleuten nicht wieder aufgehoben werden könnten [b]). Allein, deſſen allen ungeachtet geben neuere Römiſche Geſetze dem Erblaſſer die Freyheit, den Gebrauch

a) *L.* 15. §. 1. und 8. *ad L. falcid.* v. Quarta, quae per legem Falcidiam retinetur, aeſtimatione, quam teſtator fecit, non magis minui poteſt, quam augeri. add. *L.* 27. *L.* 56. §. 5. *L.* 86. *D.* und *L.* 11. und 18. *C. ad L. falcid.*

b) *L.* 55. *de legat.* 1.

Gebrauch der Quartae falcidiae ſeinen Erben gänzlich zu verbieten [c]). Wenn nun gleich jene Geſetze zur Unſtatthaftigkeit der Quartae falcidiae die ausdrückliche Erklärung des Erblaſſers erfodern [d]), ſo ſcheint gleichwohl ſodann ein ſtillſchweigendes Verboth eben dieſelben Wirkungen hervorzubringen, wenn ſowohl der ganze Inhalt des letzten Willens, als alle dabey einſchlagende Umſtände, zu erkennen geben, daß des Erblaſſers eigentliche Abſicht dahin gegangen ſey, den Legatarien die ihnen verſchriebene Vermächtniſſe ohne alle Abkürzung, oder Einſchränkung zu hinterlaſſen [e]). Dem Anſehen nach iſt letzteres auch um ſo weniger gegründeten Zweifeln unterworfen, als nicht allein bey einem jeden letzten Willen auf

 die

c) *Authent. ſed cum teſtator C. ad L. falcid.*

d) *Nouella* 1. *c.* 2. ſi vero expreſſim deſignauerit, *non velle heredem retinere Falcidiam:* neceſſarium eſt Teſtatoris valere Sententiam: et aut volentem eum parere Teſtatori, forſan etiam quaedam iuſte et pie relinquenti: lucrum non in percipiendo, ſed ſolummodo pie agendo habentem: et non videri ſine lucro huiusmodi eſſe hereditatem: aut ſi parere noluerit eum quidem recedere ab huiusmodi inſtitutione, locum vero fieri (ſicut dudum praediximus) ſubſtitutis et coheredibus, et fideicommiſſariis et legatariis, et iis, qui ab inteſtato ſunt, et aliis ſecundum prius a nobis inuentam in Tabulis viam.

e) MANTICA *de Coniectur. vlt. volunt. L.* 9. *Tit. vlt.* und MENOCH *de praeſumt. Lib.* 1. *Praeſ.* 198. *n.* 14. MASCARD *de probat. Vol.* 3. *Concl.* 1389.

die wahrſcheinliche Abſicht des Erblaſſers geſehen werden muß f), ſondern auch eine ſtillſchweigende Erklärung, zumal wenn ſie auf vernünftigen Gründen beruhet, einer ausdrücklichen in alle Wege gleich geachtet zu werden pfleget g). Hiezu kommt, daß in den Geſetzen ſogar von der Quarta falcidia beſondere Fälle vorkommen, da in Ermangelung einer ausdrücklichen Erklärung des Erblaſſers, deren Abzug gleichwohl ſtillſchweigend verbothen gehalten wird h). Vermöge dieſer Gründe hat daher ein ſtillſchweigendes Verboth der Quartae falcidiae eben dieſelben Folgen und Wirkungen, als, wenn ſolches mit ausdrücklichen Worten geſchehen wäre. Es iſt inzwiſchen bey einem jeden angeblichen ſtillſchweigenden Verboth der Quartae falcidiae allemal vorauszuſetzen, daß der ganze Zuſammenhang des letzten Willens und alle darin vorkommende Ausdrücke die wahre Abſicht des Erblaſſers, ſeinen eingeſetzten Erben die Quartam falcidiam entziehen zu wollen, zu erkennen gebe, und ſich jene Abſicht aus dem Teſtament nach einer vernünftigen Schlußfolge herleiten laſſe i).

Unter

f) *Arg. L.* 39. §. 6. *de legat.* 1. *L.* 47. *de legat.* 2. *L.* 75. *de legat.* 3. Struben im 3ten Theil der rechtlichen Bedenken *n.* 72.

g) *Arg. L.* 32. §. 1. *de LL. c.* 43. *de R. I. in 6to*

h) *L.* 14. §. 1. *L.* 56. §. *ult. L.* 71. *L.* 91. *ad L. falcid. L.* 6. *de fideicommiſſ. libert. Nouell.* 119. *c.* 11. *Auth. ſed in ea re C. ad L. falcid.*

i) RITTERSHVSEN *ad Nouell. P.* 6. *c.* 5. *n.* 11. 12. BOER *Dec.* 44. *n.* 33. und *Dec.* 193. *n.* 1. 2.

BER-

Unter dieſen Umſtänden und Einſchränkungen pfleget der Gerichtsgebrauch, nach dem Zeugniß angeſehener Rechtslehrer, dem ſtillſchweigenden Verboth der Quartae falcidiae eben dieſelben Wirkungen, die ſonſt nur einem ausdrücklichen gebühren, beyzulegen [k]).

Es ſcheinet nun zwar dieſer eben angezogenen Meynung gar ſehr entgegen zu ſeyn, daß die angeführte Novelle [l]) zur Unſtatthaftigkeit der den Erben zuſtehenden Quartae falcidiae gleichwohl die ausdrückliche Erklärung des Erblaſſers erfodere und ſolche als die eigentliche formam ſpecificam feſtſetze, wobey es allem Anſehen nach um ſo mehr das Bewenden behalten müſſe, als den Rechten nach eine ſtillſchweigende Erklärung ſodann niemals genüget, wenn die Geſetze eine ausdrückliche erfodern [m]); wie denn auch die angeführte Novelle, weil ſie älteren Geſetzen widerſpricht, als ein Lex correctoria anzuſehen, und daher ſtricte zu erklären iſt. In dieſer Hinſicht fehlet es auch nicht an Rechtslehrern, welche die gegenſeitige Mey-

BERLICH *P.* 2. *Concl.* 272. und *P.* 3. *Concl.* 1. *n.* 72. GOMEZ *Lib.* 1. *Reſol.* 5. *n.* 11. STRAUCH *Diſſ.* 10.

k) MEYER *in Colleg. Iurid. Argent. Lib.* 35. *Tit.* 2. §. 7. BRUNNEMANN *in Comment. ad Cod. Lib.* VI. *Tit. ad L. falcid. n.* 7. HAHN *ad* WESENBEC. *Tit. ad L. falcid. n.* 8.

l) *Nouella* 1. *cap.* 2.

m) *L.* 195. *de Reg. Iur.*

Meynung vertheidigen [n]). Allein deſſen allen ungeachtet verdienet doch die Meynung, daß unter gewiſſen Einſchränkungen auch ein ſtillſchweigendes Verboth der Quartae falcidiae genüge, billig den Vorzug [o]). Denn, da von einem jüngeren Geſetz, der Regel nach, nicht zu vermuthen, oder anzunehmen ſtehet, daß es ein vorhergehendes älteres Geſetz habe aufheben wollen, in ſoferne ſolches nicht mit deutlichen Worten geſchehen iſt [p]), ſo ſcheinet auch in dem gegenwärtigen Fall ein gleiches ſtatt finden zum müſſen. Solchergeſtalt ſetzet die Novelle darin, daß ſie zum Verboth der Quartae falcidiae die ausdrückliche Erklärung des Erblaſſers erfodert, nur die Regel feſt; verwirft dadurch aber keinesweges zugleich alle, entweder in der Sache ſelbſt, oder in andern Geſetzen gegründete Ausnahmen [q]). In Beyhalt dieſer Grundſätze würde es daher keinen Zweifel haben, daß es für einerley zu halten ſey, ob ein Erblaſſer den Abzug der Quartae falcidiae ausdrücklich

n) WESENBEC. *in Paratitl. ff. Tit. ad L. falcid. n.* 7. SCHNEIDEW. *ad §. vlt. Inſt. de L. falcid. n.* 18. CARPZOV. *Lib.* 6. *Reſp.* 30. und *P.* 3. *Conſt.* 1. *Def.* 13. PEREZ *ad Cod. Lib.* 6. *Tit. ad L. falcid. n.* 13. BERGER *in Reſolut. Leg. obſtant. Lib.* 35. *Tit.* 2.

o) COCCEJI *in Iur. Ciuil. Controuerſ. Tom.* 2. *Lib.* 35. *Tit.* 2. *q.* 11.

p) *L.* 28. *de LL.* v. ſed et poſteriores leges ad priores pertinent, niſi contrariae ſint: idque multis argumentis probatur.

q) BRVNNEMANN *c. l.*

drücklich verbothen, oder eine ſolche Geſinnung dadurch zu Tage geleget habe, daß er, ohne jedoch der Quartae falcidiae ausdrücklich zu erwähnen, befohlen, es ſollten die Vermächtniſſe ohne Verkürzung, oder dergeſtalt, wie er ſie in ſeinem letzten Willen namhaft gemacht habe, bezahlet werden [r]).

Ferner iſt auch der Gebrauch der Quartae falcidiae ſodann für unſtatthaft, oder als ſtillſchweigend verbothen anzunehmen, wenn der Erbe ſchon bey Lebzeiten des Erblaſſers ſo viel von demſelben, als der vierte Theil der ganzen Verlaſſenſchaft ausmacht, empfangen hat [s]); oder, wenn der Erblaſſer zur Erkaufung der Freyheit eines Menſchen eine gewiſſe Summe namentlich ausgeſezzet [t]), oder aus einer gewiſſen und zugleich beſonders angeführten Urſache verordnet hätte, daß das zu einem Vermächtniß ausgeſetzte Grundſtück nicht veräuſſert werden, vielmehr beſtändig bey der Familie, oder den Nachfolgern des Legatarii verblei-

r) HAHN *ad* WESENBEC. *Tit. ad L. falcid. n.* 8. MEYER und BRUNNEMANN *cc. ll.*

s) *L.* 56. §. 5. *ad L. falcid.* v. ſaepius euenit, ne emolumentum eius legis haeres conſequatur: nam ſi centum aureorum dominus alicui dediſſet et eum inſtituerit haeredem et dodrantem legauerit, nihil aliud ſub occaſione legis falcidiae interuenire poteſt, quia viuus videtur haeredi futuro prouidere. *add. L.* 91. *ad L. falcid.*

t) *L.* 6. *D. de fideicommiſſ. libert.*

verbleiben ſolle [u]); oder, wenn er beſonders erkläret hätte, daß ſein Erbe auſſer dem ihm angewieſenen Erbtheil ſchlechterdings nichts weiter aus der Verlaſſenſchaft haben ſolle, ohne jedoch der Quartae falcidiae namentlich zu erwähnen [x]); oder, wenn endlich der Erblaſſer den Abzug der Quartae falcidiae zwar ausdrücklich verbothen hätte, indeſſen zu beweiſen ſtünde, daß dieſes in der Vorausſetzung eines vermeyntlich habenden größeren Vermögens geſchehen wäre [y]). Denn, nach dem Zeugniß bewährter Rechtslehrer iſt dem Erben dieſer Beweis des Irrthums allerdings zu geſtatten,

u) *Authent. ſed in ea re C. ad L. falcid.* v. ſed in ea re ceſſat falcidia, quae ita relicta eſt, ne alienetur, ſed permaneat apud ſucceſſores eius, cui relicta eſt. *Nouella* 119. *c.* 11. ſi quando autem aliquis teſtamentum faciat et aliquam rem immobilem ſuae familiae aut alteri cuicunque perſonae nomine legati reliquerit, et ſpecialiter dixerit, nullo tempore hanc rem alienari, ſed aut apud haeredes, aut apud ſucceſſores illius, cui relicta eſt, permanere, in hoc legato iubemus falcidiam legem locum penitus non habere, quoniam alienationem eius teſtator ipſe prohibuit.

x) *Arg. cit. Nouell.* 1. *c.* 2. BERGER *in Oeconom. Iur. Lib.* 2. *Tit.* 4. *Th.* 31. *n.* 6. BRVNNEM. *ad L.* 15. *ad L. falcid. n.* 4. FINCKLETHAVS. *Obſ.* 120. *n.* 20.

y) *Authent. ſed cum teſtator. C. ad L. falcid.* v. ſed cum teſtator hoc expreſſim vetuit non ignarus quis modus ſit patrimonii ſui, ceſſat Falcidia. BRVNNEM. *c. l.*

geſtatten, und, wenn er ihn führet, ſo iſt das Verboth billig als nicht geſchehen anzuſehen, und der Erbe dem ohngeachtet zum Abzug der Quartae falcidiae befugt [z]). Bey dem Mangel eines vollſtändigen Beweiſes dieſes Irrthums iſt zwar der Erbe billig zum Erfüllungs-Eyde zuzulaſſen, wenn er ſolche Vermuthungen, die die Stärke eines halben Beweiſes haben, für ſich anführet; indeſſen iſt, der Regel nach, jener Irrthum nicht zu vermuthen. Sollte es daher an andern wahrſcheinlichen Gründen für denſelben ermangeln, ſo kann der Erbe aus dem im Teſtament in ſolle vielleicht gemachten, aber nach dem Tode des Erblaſſers fehlſam befundenen Ueberſchlag des Vermögens, in Ermangelung des Verboths der Quartae falcidiae, bey den Vermächtniſſen und der befohlenen Auszahlung derſelben, nicht ſofort die ſtillſchweigende Bedingung, daß jene nur unter der Vorausſetzung einer größeren Verlaſſenſchaft geſchehen ſey, erdichten. Noch weniger aber kann die bloße Hinzufügung der ſogenannten Codicillar-Clauſel, geſetzt, daß darin auch ſogar der Verluſt des ganzen Erbrechts auf die Anfechtung des letzten Willens geſetzet wäre, dem Erben ſein Recht, die Quartam falcidiam abzuziehen, rauben. Denn, eines theils iſt aus der bloßen ernſthaften Erklärung eines Erblaſſers, daß ſein letzter Wille in allen und jeden Punkten aufrecht bleiben

z) SCHILTER *Ex. ad Pandect. Ex.* 25. §. 11. RICHTER *ad cit. Authent.* n. 12.

bleiben ſolle, an und für ſich kein Verboth der Quartae falcidiae herzuleiten, andern theils iſt von einem Erblaſſer im Zweifelsfall allemal zu vermuthen, daß er bey ſeinem letzten Willen den Geſetzen habe gemäß handeln, und durch die Hinzufügung der Codicillar-Clauſel ſeinen Erben ihre rechtlichen Befugniſſe nicht nehmen, vielmehr jene Erklärung nur ſalua falcidia verſtanden wiſſen wollen [a]).

Aus allem bisher mit mehrerem an- und ausgeführten ergiebet ſich nun zur Genüge, daß, der Regel nach, zwar zur Ausſchlieſſung der Quartae falcidiae die ausdrückliche Erklärung des Erblaſſers erfodert werde [b]), und bey dem Mangel derſelben den Erben ihr Gebrauch den Rechten nach allemal zuſtehe, daß aber gleichwohl von dieſem allgemeinen Grundſatz ſodann eine Ausnahme ſtatt finde, wenn entweder die Geſetze ſelbſt gewiſſe Einſchränkungen machen [c]), oder auch aus dem ganzen Zuſammenhang des Teſtaments und allen dabey vorkommenden Umſtänden, nach einer auf vernünftigen Gründen beruhenden Wahrſcheinlichkeit nicht anders zu vermuthen iſt, als, daß

a) MANTIC. *de conieſt. vlt. Volunt. T.* 12. *n.* 16.

b) *Nouell.* 1. *c.* 2. *in fin. Authent. ſed cum teſtator. C. ad L. falcid.*

c) *L.* 56. §. 5. *L.* 91. *ad L. falcid. L.* 6. *de fideicommiſſ. libert. Nou.* 119. *c.* 11. *Authent. ſed in ea re C. ad L. falcid.* BERGER *in Reſol. leg. obſtant. c. l.*

daß des Erblaſſers eigentliche und wahre Abſicht dahin gegangen ſey, daß die Vermächtniſſe ohne alle Abkürzung bezahlet, folglich die bey Teſtamenten und Erbfolgen ſich ſonſt von ſelbſt verſtehende Quarta falcidia, bey ſeinem letzten Willen, oder bey ſeiner Verlaſſenſchaft nicht in Anwendung gebracht werden ſolle [d]).

d) BRVNNEMANN *ad Authent. ſed cum teſtator. C. ad L. falcid.*

XLI.

Wann einem Angeſchuldigten zur Führung ſeiner Vertheidigung ein beſonderer Sachwald von Amtswegen zuzuordnen ſey?

Ob es gleich zu den völlig unbeſtrittenen Rechtswahrheiten gehöret, daß ein jeder Richter auf die Vertheidigung eines Angeſchuldigten von Amtswegen allen rechtlichen Bedacht nehmen, die Mittel, die dazu dienen, erleichtern, und bey der Armuth des Verbrechers ſogar die Koſten, welche die Beybringung der nöthigen Beweiſe ſeiner Unſchuld, oder zum wenigſten ſeiner mindern Strafbarkeit erfodert, tragen müſſe [a]), ſo herrſchet gleichwohl über die Beantwortung der Frage: Ob jene Verbindlichkeit ſich wohl gar ſoweit erſtrecke, daß auch einem Angeſchuldigten, in allen und jeden peinlichen Fällen, ohne die Größe des Nachtheils, der ihm dadurch zuwachſen kann, in Betracht zu ziehen, zur Führung der Vertheidigung ein beſonderer Sachwald von Amts-

a) *L.* 19. *de poen. L. vlt. de quaeſt. Auth. qui ſemel. C. quomodo et quando Iudex.* Art. 47. P. G. O. BERGER *in Oeconom. Iur. Lib.* 4. *Tit.* 6. *n.* 11. WERNHER *P.* 8. *Obſ.* 471. PUFENDORF *Introd. in Proc. crimin. c.* 14. §. 12.

Amtswegen, und allenfalls wohl gar auf öffentliche Koſten, zugeordnet werden müſſe? eine große Verſchiedenheit in den Meynungen der Rechtslehrer. Alle kommen zwar darin mit einander völlig überein, daß dem Angeſchuldigten, der Regel nach, gewillfahret werden müſſe, wenn er um Zuordnung eines Sachwaldes und Freylaſſung einer Vertheidigung insbeſondere anſuchet, ohne Unterſchied, ob nur lediglich von der Abwendung dieſes, oder jenen nachtheiligen Verfahrens, oder von der Strafe und deren Milderung die Rede ſey, ob er die Miſſethat bereits bekannt habe, oder derſelben überwieſen, oder, ob vielleicht beydes noch nicht ſey, ob er die Koſten tragen könne, oder nicht, ob er ſich ſchon zu einem, oder mehrerenmalen vertheidiget habe, oder nicht [b])? Eben daraus iſt es auch zu erklären, warum man einem jeden Angeſchuldigten nicht allein ſodann, wenn eine Lebens- oder Leibesſtrafe bevorſtehet, ſondern auch ſogar zur Abwendung, oder Milderung der Gefangenſchaft [c]), der beſonderen Inquiſition [d]),

 der

b) Art. 154. P. G. O. WINCOP *de fauor. innocent.* §. 28. BOEHMER *ad art.* 77. *CC.* §. 1.

c) BOEHMER *ad art.* 47. *CC.* §. 1.

d) Weil inzwiſchen das ſummariſche Verhör an und für ſich niemand verdächtig macht, auch keine beſonders nachtheilige Folgen für den guten Namen mit ſich verbunden hat, ſo pfleget man auch die nachgeſuchte Vertheidigung zur Abwendung des ſummariſchen Verhörs der Regel nach nicht zu geſtatten. SCHAVMBVRG *in Princip. Prax. Iurid. Iudiciar. L.* 2. *c.* 9. §. 17. *n.* ***** Man pfleget inzwi-

der Gegenſtellung [e]), der Marter, der Bedräuung mit derſelben, wie auch zur Abwendung des Reinigungs-Eydes, die Führung einer beſonderen Vertheidigung auf ſein Anſuchen gewöhnlichermaßen zu geſtatten pfleget. Die peinliche Gerichtsordnung widerſpricht auch ſo wenig dieſem Gerichtsgebrauch, daß ſie vielmehr die Vertheidigung eines Angeſchuldigten ohne Einſchränkung erlau-

inzwiſchen auch ſelbſt die Vertheidigung zur Abwendung der Special-Inquiſition nicht zu erlauben, wenn die Miſſethat ſammt ihren Umſtänden offenbar und notoriſch, oder der Angeſchuldigte ein ſolcher Menſch ſeyn mögte, dem durch die Special-Inquiſition kein beſonderer Nachtheil an ſeiner Ehre zuwächſet, oder der ſchon einmal eine Vertheidigung vergeblich geführet hätte, und keine neue Gründe vorbringen mögte, oder auch nur gewiſſe Umſtände, ohne die That ſelbſt in Zweifel zu ziehen, ableugnete, oder ganz unerwieſene Einreden vorbrächte, ſ. **Claproth in der Einleit. in ſämtliche ſummariſche Proceſſe in peinl. Proceß** S. 92. Es ſind jedoch andere Rechtslehrer, die eine defenſionem pro auertenda inquiſitione ſpeciali beſonders bevorzüget und ſie daher auch bey den ſtärkſten wider einen Angeſchuldigten ſchon vorhandenen Anzeigen geſtattet wiſſen wollen ſ. HILLIGER *de term. fatal. defenſ. reor. concedend.* §. 17.

e) Die gemeine Lehre, nach der auch bewandten Umſtänden nach ſogar eine Vertheidigung zur Abwendung der Confrontation zu geſtatten, beſonders wann ein Angeſchuldigter darum bitten ſollte, hat neulich der **Hr. Prof. Eſchenbach** in *Progr. de defenſione pro auertenda Confrontatione. Roſtochii* 1784. zu beſtreiten geſucht.

erlaubet f). Deſto verſchiedener pfleget die Frage: Ob und wann der Richter auf die Führung einer beſonderen Vertheidigung von Amtswegen erkennen, und allenfalls auch die dazu erfoderlichen Koſten hergeben müſſe? beantwortet zu werden. Denn, wie einige, im Bezug auf beſondere Landesgeſetze, ſodann, wenn von der Abwendung oder Milderung einer Lebens- oder Leibesſtrafe, der Marter, oder der Landesverweiſung, die Rede iſt, die Frage bejahen g) ſo thun andere ein Gleiches in allen und jeden Capital-Fällen und wann die Tortur bevorſtehet h). Die Rechtslehrer, welche dieſer letzteren Meynung zugethan ſind, pflegen daher die Vertheidigungen in **nothwendige** oder **Haupt-Vertheidigungen** und **Vorläufige** oder **willkührliche** zu unterſcheiden, und zu jenen alle und jede Capital-Fälle, und, wenn von Abwendung der Marter die Rede iſt, zu dieſen aber alle übrigen Arten der Vertheidigungen zu rechnen. Noch andere Rechtslehrer vom Anſehen halten es zwar allemal für ſicherer, daß man ſodann, wenn ein Erkenntniß auf die Marter den Umſtänden nach zu vermuthen ſtehet, die Führung einer beſonderen Vertheidigung von Amtswegen geſtatte, inzwiſchen wollen ſie diejenige Urthel, nach welcher auch ohne vorgängige Vertheidigung auf die Marter erkannt worden, in keine

f) Art. 47. 88. 151. 154 — 156. P. G. O.

g) PUFENDORF *Introduct. in Proceſſ. crimin. Luneb. c. 17. §. 7.*

h) Art. 47. P. G. O. Claproth a. O. S. 84.

Wege für ungültig gehalten wiſſen, zumal, wenn die Führung einer beſonderen Vertheidigung bey der Größe und Stärke der Anzeigeu, den Umſtänden nach, von keinem Nutzen hätte ſeyn können [i]). Dieſer Meynung geſellet ſich auch der berühmte Leyſer [k]) bey, als welches überhaupt die Vertheidigung mehr für ſchädlich, als nutzbar erkläret, wenn man einem Angeſchuldigten, der die Gründe der Vertheidigung, oder Milderung ſelbſt anzuführen im Stande iſt, und keine Zuordnung eines Sachwaldes verlanget, vielmehr die baldige Beendigung der ganzen Inquiſition ſehnlich wünſchet, zum Aufenthalt der Sache einen Vertheidiger wider Willen aufdringen wollte.

Wenn man nun dieſe verſchiedene Meynungen der Rechtslehrer gegen einander hält, und eine gehörige Prüfung derſelben anſtellet, ſo hat es zwar keinen Zweifel, daß ein jeder Richter bey der Armuth und Mittelloſigkeit eines Verklagten verbunden ſey, die Beweiſe ſeiner Unſchuld oder wenigſtens der mindern Strafbarkeit, auf eigene Koſten zu ſammlen [l]). Allein, eine andere Frage

i) KRESS *ad art.* 47. *CC.* §. 4. BOEHMER *ad art.* 47. *CC.* §. 1.

k) LEYSER *Spec.* 562. *n.* 9.

l) Art. 47. P. G. O. in den Worten: „Wo aber „der Verklagt, oder ſein Freundſchafft ſollichen obgedachten Koſten, Armut halber nit ertragen, „oder erleiden mocht, damit dann nichts deſto minder das Uebel geſtraffet oder der unſchuldig wider „Recht nit übereilt werde, ſo ſoll die Oberkeyt oder „das

ge iſt: Ob auch der Richter einem Angeſchuldigten, bey dem keine merkliche Einfalt wahrzunehmen iſt, und welcher die begangene That ſammt allen ihren Umſtänden bekennet, auch die ihm zu ſtatten kommenden Gründe der Vertheidigung ſelbſt auſführet, und keinen Sachwald verlanget, einen Vertheidiger wider Willen aufdringen könne, oder wenigſtens darauf von Amtswegen erkennen müſſe? Angezognermaßen verneinen die bewährteſten Rechtslehrer dieſe Frage m), und der Art. 88.

„das Gericht die Koſten darlegen und der Richter „in Rechten fürfaren.“ Art. 154. P. G. O. „Item wer aber der Beklagt ſo ganz arm, auch „nit Freude hett, die jezt gemelte Caution, ſiche„rung und Beſtandt zu thun vermöcht, und doch „Zweiffelich wer, ob er ſeiner beſchüldigten entlei„bung halb redlich entſchüldigung hett. Soll ſich „der Richter nach geſtalt der Sachen mit allem „Fleiß, ſo vil er kann, erkündigen, und der Ober„keyt ſolchs alles ſchreiben undt Beſcheydts deshal„ber warten, alſo daß ſolche erkündigung inn dem „Fall Amptshalb auf des Gerichts oder deſſelben „Oberkeyt Darlegen undt Koſten beſchehe.

m) LEYSER *c. l.* At enim vero vt reo, homini prudenti et fandi perito, ac excuſationes ſuas lucide exponenti, nec advocatum poſcenti, ſed aliquando detrectanti, et maturari ſententiam ac ſumtus minui flagitanti, tamen advocatus adiungatur, qui conquiſitis vndique coloribus crimini manifeſto tenebras offundat, ac dum in hoc laborat, carceris cruciatus in aliquot menſes et annos extendat, miſerumque clientem ſumtibus defenſionis ad incitas redigat, hoc iura noſtra neque praecipiunt, neque probant, ſ. auch BOEHMER *ad art.* 47. *CC.* §. 1.

P. G. O. [n]), der von den Fürſprechern insbeſondere handelt, iſt dieſer Meynung um ſo weniger entgegen, als er die Zuordnung der Fürſprecher und die Befugniſſe, die er dieſerhalb einem Angeſchuldigten, der Regel nach, verſtattet, lediglich auf den Fall, da letzterer erſteren begehret, einſchränket.

Allein, ſo wenig auch dieſe Grundſätze, wenn man ſie den Geſetzen nach in gehörige Erwägung ziehet, erhebliche Einwendungen zulaſſen, ſo hat es dennoch, nach einem faſt durchgängig angenommenen Gerichtsbrauch, nicht den mindeſten Zweifel, daß in Capital-Verbrechen überhaupt niemand ohne vorgängige Vertheidigung und Zuordnung eines beſonderen Sachwaldes [o]) zur Todesſtrafe verurtheilt werden könne [p]). Man pfleget auch hiebey keinen Unterſchied zu machen: ob der Angeſchuldigte die Miſſethat ſammt allen ihren

n) „Item Klägern und Antwortern, ſoll jedem Theyl „auf ſeyn Begern eyn Fürſprecher aus dem Ge„richt erlaubt werden.“

o) WILLENBERG *de aduocat. inquiſit. non denegand.* Daß jedoch ein Angeſchuldigter, wenn er genugſame Geſchicklichkeit dazu beſitzet, die Führung der Vertheidigung in ſeiner eigenen Sache übernehmen könne, leidet keinen Zweifel, Art. 88. P. G. O., obgleich ſich dawider vieles nicht ohne Grund erinnern läßt, ſ. **Meiſter** im peinlichen Proceß S. 228.

p) GRANTZ *Defenſ. Inquiſit. c.* 4. *Membr.* 1. *Sect.* 2. *n.* 143. CARPZOV. *Pract. Rer. Crimin. q.* 115. *n.* 2. LEYSER *Spec.* 562. *n.* 3.

ren Umſtänden bekannt habe, oder derſelben über⸗wieſen, oder ſie ſonſt notoriſch, oder, ob von allen dieſem das Gegentheil ſey? ob eine ſchwere oder eine leichte Todesſtrafe bevorſtehe [q])? ob der Angeſchuldigte ſich ſeiner beſonderen Vertheidigung begeben habe, oder nicht [r])? ob er die dazu erfoderliche Koſten aus eigenen Mitteln tragen könne, oder ob ſie bey ſeiner Armuth vielmehr dem Gericht zur Laſt fallen [s]). Man pfleget vielmehr in dem Fall, wenn die Inquiſitions⸗Acten ohne Führung einer Vertheidigung etwa verſandt wären, nicht ſowohl auf die Todesſtrafe, oder überhaupt in der Sache zu erkennen, als vielmehr die Acten zum Zweck der Beybringung einer beſonderen Vertheidigungs⸗Schrift und Zuordnung eines Sachwaldes zurück zu ſenden [t]).

Wenn auch gleich verſchiedene berühmte Rechtslehrer an denjenigen Oertern, allwo die Marter noch gebräuchlich iſt, ohne zuvor beygebrachte Vertheidigungs⸗Schrift anf jene ſchlechterdings nicht erkannt wiſſen wollen [u]), ſo halten gleichwohl andere, gleichfalls bewährte Rechtsleh⸗

q) BRUNNEM. *in Proc. Inq. c.* 8. *membr.* 3. *n.* 2. *ſeqq.* Ludevici im peinl. Proceß c. 8. §. 3. 5. BERGER *in Elect. Crimin. p.* 167.

r) MEISTER *in Principiis Iur. Crimin. Sect.* 3. *cap.* 20. §. 4.

s) PUFFENDORF *Introduct. in Proceſſ. crimin. Luneb. c.* 17. §. 22. 24.

t) KRESS *ad art.* 47. *CC.* §. 5.

u) MEISTER *in Princip. Iur. Crimin. c. l.* §. 6.

rer dafür, daß zwar die vorgängige Freylaſſung der Vertheidigung ſodann, wenn etwa die Marter zu befürchten, der Sicherheit halben einem jeden Gericht anzurathen, auch dem Angeſchuldigten in einem ſolchen Fall die Führung einer beſondern Vertheidigung auf ſein Begehren allemal und ohne Bedenken zu geſtatten ſey [x]), daß aber auch die Unterlaſſung ſodann, wenn die Anzeigen klar und deutlich ſeyn, und affallend zum Gebrauch der Marter genügen mögten, niemals eine Nichtigkeit des Erkenntniſſes und des peinlichen Verfahrens verurſache, vielmehr eine Urthel, worin dem ungeachtet auf den Gebrauch der Marter erkannt worden, allerdings eine rechtsbeſtändige Gültigkeit habe [y]). Auf der andern Seite hat es ebenfalls keinen Zweifel, daß nach erkannter Marter dem Verurtheilten eben ſowohl frey ſtehe, wider eine ſolche Urthel um Führung einer beſonderen Vertheidigung anzuhalten, als ihm ſolches ſchon gleich anfangs frey ſtand, und daß auch das Gericht, bewandten Umſtänden nach, und bey erheblichen Gründen, darauf ſogar von Amtswegen erkennen könne. Nach dem Zeugniſſe berühmter Rechtslehrer hat es auch ebenfalls ſeine unbeſtrittene Richtigkeit, daß demjenigen, dem entweder die Marter, oder wohl gar die Todesſtrafe zuerkannt worden, auch nicht einmal die

x) Art. 33. und 47. P. G. O.

y) KRESS *ad art.* 47. *CC.* §. 4 und BOEHMER *ad art* §. 47. *CC.* §. 1. Ludovici Einl. im peinl. Proceß. *c.* 4. §. 7.

die etwa nachgeſuchte dritte Vertheidigung mit Grunde abgeſchlagen werden könne, weil nämlich ſchon in bürgerlichen Sachen allererſt nach dreyen genau übereinſtimmenden Erkenntniſſen die Einwendung eines Rechtsmittels nicht weiter ſtatt findet. Da inzwiſchen ein Inquiſit in peinlichen Fällen ſich eigentlich niemals verſpäten kann, ſo pfleget man auch ſogar nach einer dritten Vertheidigung, im Fall ſich erhebliche und bisher unbekannt geweſene Vertheidigungs-Gründe finden ſollten, die Führung einer neuen Vertheidigung gleichwohl zu erlauben [z]).

Wäre inzwiſchen nicht ſowohl von Capital-Verbrechen und einer darin zu erkennenden Todesſtrafe, als von andern Erkenntniſſen in peinlichen und Strafſachen die Rede, ſo iſt die Zuordnung eines beſonderen Sachwaldes und die Führung einer förmlichen Vertheidigung niemals nothwendig, wenn anders, wie ſich von ſelbſt verſtehet, diejenigen Gründe der Vertheidigung und Milderung, die dem Angeſchuldigten zu ſtatten kommen, in den Acten befindlich ſind, und zu Protocoll gehörig regiſtriret worden. Im Fall es daher entweder der Beſchaffenheit des Verbrechens, oder wenigſtens, bewandten Umſtänden nach, zu keiner Lebensſtrafe kommen, vielmehr, entweder nur die Verurtheilung zu öffentlichen Arbeiten, oder eine andere verhältnißmäßige, oder geringere Strafe

z) PUFENDORF *c. l. c.* 17. §. 20. Claproth a. O. S. 93.

Strafe ſtatt finden kann, ſo machet die vorgängige Führung einer beſonderen Vertheidigung um ſo weniger ein weſentliches Stück des peinlichen Proceſſes aus, als überdieß jene mehrentheils mit unnützen Anführungen bekannter Rechte, oratoriſchen Umſchweifen und zur Sache entweder gar nichts, oder doch nur wenig beytragenden Gründen und Beweiſen angefüllet zu werden. Auch oftmals eher zum unnöthigen Aufenthalt als zur Verkürzung der Unterſuchung beyzutragen pfleget [a]). Würde daher entweder von Anſtellung der Special-Inquiſition, der gefänglichen Einziehung, Gegenſtellung, Leiſtung des Reinigungs-Eydes, Bedräuung mit der Marter, oder dem Erkenntniſſe einer Leibes- oder andern Strafe die Rede ſeyn, ſo hat das Gericht ſowenig auf eine beſondere vorläufige Vertheidigung von Amtswegen zu erkennen, als demſelben anzumuthen ſtehet, die dazu nöthigen Koſten herzugeben; es wäre dann, daß der Angeſchuldigte in den eben angeführten Fällen auf die Zuordnung eines Sachwaldes, und auf die Führung einer beſonderen Vertheidigung ausdrücklich, und unter Anführung erheblicher Gründe antragen mögte, da ihm denn darunter, der Regel nach, billig zu willfahren iſt.

a) BEYER *Delineat. Iur. Crimin. ad CC. art.* 7. *poſ.* 18. und *ad art.* 151 — 157. *poſ.* 1. 2. 5. 8. 10. 11. MYLIVS *Poſ.* 33. — 37. KRESS *ad art.* 47. *CC.* §. 4. 5. 8. 9. und *ad art.* 152 *CC.* §. 1. 2. *not.* 1. *n.* 3 — 9. Carrach in den rechtl. Urtheilen und Gutachten in peinlichen Sachen *n.* 93.

iſt. Sollte jedoch gegen dieſen oder jenen Schritt des Unterſuchungs-Proceſſes, der nach den Acten unvermeidlich, doppelt und wohl dreyfach gegründet wäre, eine Defenſion geführet werden wollen, ſo würde ſolches ein offenbahrer Misbrauch der Vertheidigung ſeyn, den kein Richter geſtatten darf. Der Abſchlag einer ſolchen zu führenden Vertheidigung hat, daher ſodann keinen Zweifel [b]). Würde inzwiſchen der Ausgang der Sache, entweder auf das ganze Gericht, oder auf dieſes, oder jenes Mitglied deſſelben eine Beziehung haben, oder überhaupt ein ſolcher Fall, da man der Klugheit gemäß die Acten gewöhnlich zu verſenden pfleget [c]), wenn gleich ſolches an und für ſich nicht nothwendig wäre, vorkommen, ſo pfleget dem Angeſchuldigten gewöhnlich ein Sachwald zugeordnet und die Führung einer beſondern Vertheidigung allenfalls auf öffentliche Koſten geſtattet zu werden.

b) Weſtphal im Criminal-Recht. Anmerkung 141. §. 12. S. 760.

c) S. dieſe Beyträge. *n.* 1.

XLII.

Ob bey einem gerichtlich zu vollziehenden letzten Willen der Teſtirer die Befugniß habe, hiezu gewiſſe Glieder des Gerichts zu benennen.

So willkührlich es auch bey einem gerichtlich zu vollziehenden letzten Willen iſt, ob man dazu die zuſtändige, oder eine andere Obrigkeit, erwähle [a]): ob leztere die hohe, oder nur die niedere, Gerichtsbarkeit habe [b]); ob das Teſtament im Gericht, oder in der Privatwohnung des Teſtirers, oder des Richters, vollzogen [c]), verſchloſſen eingereichet, oder mündlich zu Protocoll gegeben werde [d]); ob es von dem Teſtirer in Perſon, oder von

a) *L.* 19. *C. de teſtament.* v. Sicut ergo ſecurus erit qui actis cuiuscunque Iudicis, aut municipum, aut auribus priuatorum mentis ſuae poſtremum publicauit iudicium: ita nec de eius vnquam ſucceſſione tractabitur, qui nobis mediis et toto Iure (quod in noſtris eſt ſcriniis conſtitutum) teſte ſuccedit. GRIBNER *de teſtamento Iudici incompetenti oblato Lipſ.* 1732. MEV. *P.* 3. *Dec.* 195. WESENB. *Conſ.* 28. *n.* 24. BRVNNEM. *ad Cod. h. T.*

b) CARPZOV. *P.* 3. *Conſt.* 3. *Def.* 12. *n.* 5.

c) *L.* 19. *C. de teſtament.* HERT. *Vol.* 1. *Reſp.* 305. n. 6. LEYSER *Spec.* 351. *n.* 1.

d) MEIER *in Colleg. argentoratenſ. Lib.* 28. *Tit.* 1. §. 10.

von einem dazu beſonders Bevollmächtigten, übergeben [e]), oder vor dem Richter innerhalb ſeines Gerichtszwanges, oder außer demſelben, errichtet werde [f]), ſo kann gleichwohl, nach dem gemeinen Gerichtsbrauch, in Deutſchland kein Teſtament als

e) BOEHMER *T. 2. Conſ.* 364. *n.* 18. — 23. PUFENDORF *Tom.* 3. *Obſ.* 153. §. 10. LEYSER *Spec.* 354. *n.* 4. Senkenberg von gerichtlichen Teſtamenten bey den Teutſchen §. 19. Struben in dem 4ten Theil der rechtl. Bedenken n. 88. MADIHN *Diſſ. de validitate teſtamenti rite non oblati.* RIVINUS *de taſtamento per procuratorem oblato* §. 11. GADENDAM *de teteſtamento Iudici per procuratorem exhibito.* Die gegentheilige Meynung vertheidigen inzwiſchen WERNHER *P.* 4. *Obſ.* 64. CRAMER *Tom.* 1. *Obſ.* 17. SPIESS *de teſtament. per procurat. non offerendo. Alt.* 1742. CONRADI *de teſtamento publico quod fit ad acta*, und dieſe pfleget auch nach dem Gerichts-Gebrauch den Vorzug zu behaupten PUFFENDORF *in Animadverſ. Iur. Animadv.* 81. und *I.* 4. *Obſ.* 197.

f) *L.* 2. *ff. de offic. proconſ. arg. L.* 36. *pr.* und §. 1. *de adopt.* LEYSER *Spec.* 354. *n.* 1. HARPRECHT *de teſtamento iudiciali* §. 2. LAUTERBACH *in Coll. Th. pract. L.* 28. *Tit.* 1. §. 50. SCHORCH *Reſp.* 27. PUFENDORF *de Iurisdict. german. p.* 96. BECKMANNOR. *Conſilia et Deciſiones T.* 1. *Conſ.* 37. *n.* 7. *ſq.* Die gegenſeitige Meynung vertheidigen GLAFEY *Diſſ. de Iurisdictione voluntaria extra territorium.* GEBAUER *de Iurisdict.* §. 2. RHEINHARTH *ad* CHRISTIN. *Dec. Vol.* 4. *Obſ.* 15. CAPZOV. *c. l. Def.* 27. RICHTER *Dec.* 48. BRUNNEM. *ad Cod. Lib.* 6. *Tit.* 23.

als ein gerichtliches beſtehen, das entweder ohne beſondere Abordnung, oder Vorwiſſen des Vorſitzers im Gericht, oder des regierenden Bürgermeiſters, gewiſſen Beyſitzern, oder Gliedern des Gerichts übergeben g), oder lediglich vor dem Richter, oder Rathsmeiſter, ohne Zuziehung des Gerichtsſchreibers, oder eines andern Beyſitzers, errichtet worden h). Es ſind auch überdieß bekanntlich weſentliche Fehler bey einem gerichtlichen Teſtament, wenn die zur Entgegennahm abgeordneten Perſonen nicht ſowohl ordentliche Mitglieder des Gerichts, oder Magiſtrats, als vielmehr lediglich Privatperſonen ſind i), oder auch das Teſta-

g) CARPZOV. *c. l. Def.* 20. BASTINELLER *de teſtament. Iudiciali extra locum Iudicii coram actuario et duob. ſcabin. ſine Iudicis praeſcitu condito. Viteb.* 1732.

h) CARPZOV. *P.* 3. *Conſt.* 3. *Def.* 15. SCHIERSCHMID *Diſſ. de teſtamento coram ſolo Iudice non conficiendo. Erlang.* 1764. Schmidt in den öffentl. Rechtsſprüchen im erſten Abſchnitt *N.* VII. Cramer ob ein *teſtamentum ſoli Conſuli in eius aedibus priuatis abſentibus ſcabinis et actuario inſinuatum pro valido iudiciali indeque vitio viſibili carente* zu halten ſey? ſ. deſſelben Wetzlarſche Nebenſtunden *P.* 10. 6. Abth. *p.* 73. HOMMEL *de teſtamento iudiciali absque actuario neque ablegatis ſcabinis valido. Lipſ.* 1764. Die gegentheilige Meynung vertheidigen FINCKEL TH. *Obſ.* 63. Struben im 2ten Theil der rechtl. Bedenken *n.* 51. BECKMANN. *Conſilia et Deciſiones c. l. n.* 15.

i) STRICK *de cautel. teſtament. c.* 7. §. 10.

Teſtament nicht in eigner Perſon, oder durch einen beſondern Bevollmächtigten übergeben, ſondern ſchriftlich eingeſandt worden [k]).

Die Hauptſache bey einem gerichtlichen Teſtament, in ſoferne lediglich von den Formalien deſſelben die Rede iſt, kommt am meiſten darauf an, daß es entweder in loco iudicii vor beſetztem Gericht, oder wenigſtens in Gegenwart einer Gerichtsperſon und des Gerichtsſchreibers, oder auch vor einigen Gliedern, die in ſolcher Abſicht beſonders abgeordnet worden, vollzogen werde [l]). Es iſt jedoch die Abordnung billig für geſchehen zu achten, wann ſolche auch den Gliedern des Gerichts nur ſodann allererſt bekannt würde, da ſie ſich ſchon an dem Ort, wo die Teſtaments-Handlung geſchehen ſoll, befanden. So ſehr nun gleich die meiſten Rechtslehrer darin, daß zur Vollziehung eines Teſtaments in der Privatwohnung des Teſtirers eine beſonders geſchehe-

k) CARPZOV. *c. l. Def.* 18. *n.* 4. 5. und *Def.* 20. Beyträge zur Juriſt. Litteratur in den Preuß. Staaten, 8te Samml. S. 86. Nach der Bemerkung des berühmten Verfaſſers dieſer eben angeführten Beyträge hat Königl. Preuß. Geſetz-Commiſſion auf die Anfrage: ob das mittelſt einer ſchriftlichen Vorſtellung eingereichte Teſtament als ein Gerichtliches beſtehen könne? geantwortet: daß ein dem Richter mittelſt ſchriftlicher Vorſtellung zugefertigtes Teſtament als ein gültiges *Teſtamentum Iudici oblatum* nicht beſtehen könne.

l) STRYCK *c. l.* §. 40. SCHORCH *Sent.* 5. *n.* 18. *Reſp.* 29. §. 20.

geſchehene Abordnung gewiſſer Perſonen erfodert werde, übereinſtimmen, und daher die bloß von gewiſſen Gliedern des Magiſtrats, oder des Gerichts eigenmächtig und ohne beſonderen Auftrag, geſchehene Entgegennahme, der Regel nach, für ungültig erklären [m]), im übrigen aber es dem eigenen Ermeſſen des Richters überlaſſen, ob er unter Zuziehung des Gerichtsſchreibers das Teſtament in der Wohnung des Teſtirers ſelber in Empfang nehmen, oder dazu einige Glieder beſonders abordnen wolle [n]), ſo ſind gleichwohl andere Rechtslehrer hierunter ganz verſchiedener Meynung. Denn, einige erfodern, außer den Abgeordneten, auch die Zuziehung des Gerichtsſchreibers ſchlechterdings [o]); andere erfodern des letzteren Gegenwart nicht, und ſind vielmehr zufrieden, wenn das Teſtament zweyen Abgeordneten des Gerichts, worunter auch der Richter ſelber ſeyn kann, übergeben werde [p]). Noch andere wollen lediglich bey mündlichen Teſtamenten den Gerichtsſchreiber zugezogen wiſſen [q]), und wieder andere behaupten, daß

m) MEV. *ad Ius Lubec. P.* 2. *Tit.* 1. *art.* 2. *n.* 157. CARPZOV. *P.* 3. *C.* 3. *Def.* 20. STRYCK *c. l.* §. 37.

n) STRYCK *c. l.*

o) LVDOVICI *de actuarii praeſentia in actu teſtandi. Hal.* 1748. WERNHER *T.* 3. *P.* 1. *Obſ.* 186.

p) BERGER *in Oeconom. Iur. Lib.* 2. *Tit.* 4. *n.* 5. CRAMER *T.* 3. *Obſ.* 924. BECKMANN. *c. l.* LEYSER *Sp.* 81. *n.* 5. und *Sp.* 354. *n.* 2.

q) HELLEFELD *in Iuriſpr. forenſ.* §. 1411.

daß ſogar der Gerichtsſchreiber allein, und, in deſſen Ermangelung, ein Notarius zur Entgegennahme eines Teſtaments füglich abgeordnet werden könne r). Allein, diejenige Meynung iſt wohl unſtreitig die richtigſte, und dem wahren Sinn der Geſetze am angemeſſenſten, nach welcher zwar ſowohl die Anzahl, als die Wahl der Glieder des Gerichts, die abgeordnet werden ſollen, von dem richterlichen Ermeſſen abhänget, inzwiſchen gleichwohl zum Beweiſe, daß das Teſtament ſolchergeſtalt coram iudice würklich vollzogen worden, die Gegenwart des Gerichtsſchreibers, oder doch zweyer unbeſcholtener Zeugen erfodert wird s), zumal bey dem Mangel des erſteren ſogar öffentliche Protocolle und andere gerichtliche Acten nur ſodann, wenn die Richtigkeit der Sachen, oder, daß es auch würklich gerichtliche Acten, oder Protocolle ſind, durch zweyer unbeſcholtener Zeugen Auſſagen außer Streit geſetzet worden,

r) LEYSER *Spec.* 354. *n.* 3.

s) *L.* 19. *in fin. de teſtament.* v. nec inſtitutus heres pertimeſcat, cum oblatas preces ſecundum voluntatem defuncti idoneis teſtibus poſſit approbare, ſi ei alia nocere non poſſunt. *L.* 27. *C. de donat.* FABER *Definit. forenſ. L.* 6. *Tit.* 5. *Def.* 21. Die gegentheilige Meynung, oder, daß es ſchlechterdings keiner Zeugen bedürfe, vielmehr ſola acta Iudicis um ſomehr genügen, als bey einem Iudicio der Regel nach anzunehmen, daß darin mehrere gegenwärtig geweſen ſeyn, vertheidiget BRVNNEM. *in Comm. ad Cod. Lib.* 6. *Tit.* 33.

den, eine vollſtändige Beweiskraft haben [t]). Wenn es daher gleich an und für ſich bey einem gerichtlichen Teſtament nicht auf die Gegenwart von Zeugen, oder, daß jenes vor mehreren Gliedern des Gerichts vollzogen worden, ankommt [u]), ſo iſt gleichwohl bey dem Mangel eines vom beeydigten Gerichtsſchreiber über die Teſtamentshandlung geführten Protocolls die Richtigkeit der ganzen Handlung nur durch die Ausſage zweyer gültigen Zeugen zu beweiſen.

So nothwendig nun gleich in dem Fall, da ein Teſtirer ſeinen letzten Willen zu Hauſe vollziehen will, eine beſondere, und nach Ausweiſung des erlaſſenen Decrets dazu, ausdrücklich abgeordnete

t) *Cap.* XI. X. *de probat.* v. quoniam contra falſam aſſertionem iniqui iudicis innocens litigator quandoque non poteſt veram negationem probare: cum negantis factum per rerum naturam nulla ſit directa probatio: ne falſitas veritati praejudicet aut iniquitas praeualeat aequitati: ſtatuimus, vt tam in ordinario iudicio, quam extraordinario, iudex ſemper adhibeat aut publicam (ſi poteſt habere) perſonam, aut duos viros idoneos, qui fideliter vniuerſa iudicii acta conſcribant: videlicet citationes, dilationes, recuſationes, exceptiones, petitiones, reſponſiones, interrogationes, confeſſiones, teſtium depoſitiones, inſtrumentorum productiones, interlocutiones, appellationes, renuntiationes, concluſiones et cetera, quae occurrerint competenti ordine conſcribenda, loca deſignando, tempora, et perſonas.

u) MYNSINGER *Cent.* VI. *Obſ.* 29.

ordnete Deputation erfodert wird *) ſo iſt gleich-wohl die Beantwortung der Frage: Ob auch dem Teſtirer erlaubt ſey, diejenigen Mitglieder des Magiſtrats, oder des Gerichts beſonders nam-haft zu machen, in deren Gegenwart er ſein Te-ſtament zu vollziehen Willens iſt? und ob ihm darunter ſchlechterdings, oder von Rechtswegen gewillfahret werden müſſe? mit verſchiedenen Schwierigkeiten verbunden. Für die Bejahung derſelben ſcheinet zu ſtreiten, daß, da nach den Geſetzen bey gerichtlichen Teſtamenten, ſowohl die Wahl des Gerichts, des Orts und der Zeit, als der Art und Weiſe, der eigenen Beſtimmung des Teſtirers völlig überlaſſen worden, auch kein hin-reichender Grund übrig zu bleiben ſcheine, warum man lediglich in Abſicht der Wahl der Glieder aus dem Mittel der Obrigkeit eine Ausnahme, oder Einſchränkung machen und annehmen wollte. Allein, dieſem allen ungeachtet, fehlet es an ge-ſetzlichen Ausſprüchen, auf welchen gleichwohl der Teſtirer ſeine Befugniß, die abzuordnenden Glie-der des Magiſtrats, oder des Gerichts, nach ei-genem Belieben beſtimmen, oder wählen zu kön-nen, gründen müßte. In dieſer Hinſicht iſt es daher lediglich für eine bloße Nachgiebigkeit des Richters, oder des Magiſtrats anzuſehen, wenn er ſich etwa die Wahl des Teſtirers gefallen läßt, und ſodann die von demſelben benannten Glieder

 würk-

x) MEV. *c. l. Lib.* I. *Tit.* I. *art.* 3. *n.* 28. 36. und *L.* 2. *art.* 2. *n.* 136. 137. SCHORCH *Sent.* 5. *n.* 21.

würklich abordnet. Denn, wenn gleich die Geſetze bey gerichtlichen Teſtamenten überall keine Feyerlichkeiten erfodern, vielmehr das meiſte, und was beſonders die Formalien anlanget, der eigenen Willkühr des Teſtirers lediglich überlaſſen, ſo iſt gleichwohl eine ſolche Vergünſtigung nicht extenſiue, ſondern reſtrictive, zu erklären. Ueberdieß finden ſich noch mehrere Gründe, nach welchen es unſtreitig rathſamer iſt, die Wahl der abzuordnenden Glieder nicht ſowohl dem Teſtirer, als vielmehr der eigenen Beſtimmung des Gerichts, oder des Magiſtrats zu überlaſſen. Denn, zu geſchweigen, daß bey gerichtlichen Teſtamenten, zumal wenn der Inhalt den Abgeordneten bekannt gemacht werden ſoll, verſchiedene Umſtände vorkommen können, nach welchen es äußerſt bedenklich wird, einen jeden, den der Teſtirer etwa benennet, als Abgeordneten zuzulaſſen, ſo iſt auch beſonders zu erwägen, daß diejenigen Glieder des Gerichts, oder des Magiſtrats, die zur Vollziehung, oder Entgegennahme eines Teſtaments abgeſandt werden, die Stellen der Zeugen vertreten, und daher vor allen Dingen und am meiſten dahin geſehen werden müſſe, daß ſolche auch in Betracht des vorſeyenden Geſchäfts ſich auſſer allen gegründeten Einwendungen befinden. Letzteres kann unſtreitig der Richter, oder der Magiſtrat, der Regel nach, beſſer, als der Teſtirer beurtheilen, wenigſtens iſt ſolches der Regel nach zu vermuthen. Ohnehin würde ein jeder, der ein gerichtliches Teſtament zu vollziehen Vorhabens iſt, wegen der

damit

damit für die Abgeordneten gewöhnlich verbundenen kleinen Vortheile, am meiſten auf diejenigen Glieder ſehen, die ſich mit ihm in Verwandſchaft, oder ſonſtiger Verbindung befänden. Eine ſolche Wahl aber, die ſolchergeſtalt ſich auf gewiſſe Nebenabſichten gründen würde, könnte nicht anders, als für die übrigen Glieder des Magiſtrats viele nachtheilige Folgen hervorbringen, und ſie müßte nothwendig die Ordnung und das Verhältniß, das bey allen Collegial-Geſchäften in Abſicht der gemeinſchaftlichen Laſten und Vortheile gleichwohl zu beobachten iſt, unterbrechen, und zur Misgunſt und Anfeindung Anlaß geben. Vermöge dieſer Gründe und bey dem Mangel einer in den Geſezzen gegründeten Befugniß kann daher ein Teſtirer von Rechtswegen nicht verlangen, daß diejenigen Glieder, die er zur Vollziehung ſeines gerichtlichen Teſtaments benannt und vorgeſchlagen hat, auch würklich abgeordnet werden, vielmehr bleibet es lediglich dem richterlichen, oder obrigkeitlichen Ermeſſen vorbehalten, ob den vorgeſchlagenen Gliedern das ihnen zugedachte Geſchäft würklich aufgetragen, oder vielmehr, ohne auf den Vorſchlag des Teſtirers zu ſehen, andere Glieder zur Vollziehung und Entgegennahme des Teſtaments abgeordnet werden ſollen.

Wenn nun gleich an denjenigen Oertern, wo das Lübeckſche Recht gilt, es dem Teſtirer gewöhnlich erlaubt zu werden pfleget, die Perſonen des Gerichts, oder Magiſtrats, denen er ſein Teſtament übergeben will, zu benennen, ſo kommt

gleichwohl jenes darin mit der Vorſchrift gemeiner Rechte überein, daß es ihm nur ſodann ſolches erlaubt, wenn er darum zuvor bey dem Magiſtrat gehörige Anſuchung gethan hat [y]), und jene beyde in dem Teſtament ebenfalls benannte obrigkeitliche Perſonen den letzten Willen aus des Teſtirers eigenen Händen würklich empfangen, und demnächſt zu Rath bringen [z]).

y) Stein in der Abhandl. des Lübeckſchen Rechts *T.* 2. *L.* 2. *Tit.* 1. §. 98.

z) *Select. Iurid. Roſtoch. Spec.* 1. *q.* 2. MANTZEL *in Iur. Meckl. et Lubec. illuſtr. Cent.* 1. *Iud.* 2.

XLIII.

Von den vorzüglichſten Stellen des Römiſchen und Canoniſchen Rechts, auf welche in der peinlichen Gerichts-Ordnung Beziehung gemacht wird, und von deren heutigen Anwendung.

Wenn gleich einige Rechtslehrer [a]) alle Anwendung der Römiſchen Rechte in peinlichen Fällen nach dem wahren Sinn der peinlichen Gerichts-Ordnung zu beſtreiten geſuchet haben, ſo verdienen ſie doch um ſo weniger Beyfall, als ſie theils durch ſo viele Artikel der peinlichen Gerichts-Ordnung, welche auf Römiſche Geſetze augenſcheinlich eine ſehr genaue Beziehung haben, widerleget werden, theils aber deutſche Reichsgeſetze den Hülfsgebrauch der Römiſchen Rechte unbeſtimmt, und ohne alle Einſchränkung beſtätigen [b]). In Ermangelung beſonderer Vorſchriften der peinlichen Gerichts-Ordnung, oder der Landesgeſetze, oder wenigſtens einer Analogie deut-

 ſcher

a) LUDOVICI *de exiguo uſu Iur. Rom. in mater. Crimin. praemiſſ. Comm. ei. ad CC.* HOFFMANN *de inſign. defect. Iurispr. Crimin. c.* 1. §. 20.

b) MEISTER *Diſſ. Iur. Roman. Crimin. in German. foris maxime hodiern. auctoritat. Goet.* 1766. ſ. *eius Select. opuſc. n.* 1.

ſcher Rechte [c]), wornach in vorkommenden Fällen geurtheilet werden könnte, hat es daher nicht den mindeſten Zweifel, daß ſowohl bey der Materie von Verbrechen und Strafen, als auch bey der peinlichen Verfahrungsart ſelbſt, nach dem Römiſchen und Canoniſchen Rechte geurtheilet werden müſſe, wo nicht etwa die Verſchiedenheit der Religion, oder des Staats, eine nothwendige Ausnahme machen [d]). Wenn auch gleich das Canoniſche Recht am meiſten in der Materie vom peinlichen Proceß zur Anwendung zu kommen und hierin dem Römiſchen Rechte ſogar vorgezogen zu werden pfleget [e]), ſo hat es doch keinen Zweifel, daß bey der Materie von der Verjährung der Verbrechen, von dem Verfahren wider abweſende Angeſchuldigte, und ſogar hin und wider bey der Materie von dem peinlichen Gerichtszwange viele Stellen des Römiſchen Rechts bey dem Stillſchweigen der peinlichen Gerichts-Ordnung zur Entſcheidung dienen [f]). In ſolchen Theilen des peinlichen Proceſſes inzwiſchen, die lediglich aus dem Canoniſchen Rechte ihren Urſprung haben, würde es eben ſo ungereimt ſeyn, zugleich auch ſeine Zuflucht zu dem Römiſchen Rechte zu nehmen [g]), als es verfaſſungswidrig ſeyn würde, al-

le

c) BOEHMER *in Meditatt. ad CC. art.* 105.

d) Carrach in den rechtl. Urtheilen und Gutachten in peinlichen Sachen *n.* 89.

e) Grundſätze des deutſchen peinl. Rechts §. 11.

f) MEISTER *c. l.* §. 36.

g) BOEHMER *de Praxi Iuris Canonici in terris Proteſtant.* und *in Iur. Eccl. Proteſt. T.* 11. §. 70.

le Anwendung des Römiſchen Rechts bey der Lehre vom peinlichen Proceſſe zur Ergänzung des etwa Mangelhaften, wenn keine Widerſprüche, oder Verſchiedenheit in den Grundſätzen dadurch veranlaſſet würden, läugnen zu wollen. Da der nunmehro verſtorbene verdiente Hofrath Meiſter ſowohl den geſetzlichen, als den Lehrgebrauch der Römiſchen Rechte in peinlichen Fällen bereits auſſer allen Zweifel geſetzet hat, ſo kann ich auf dieſes vortreflichen Mannes Gründe zwar den Leſer völlig verweiſen; indeſſen wird die Anführung einzelner Stellen der peinlichen Gerichts-Ordnung, worin auf das Römiſche Recht wirklich Bezug genommen wird, doch dazu dienen, jene Lehrſätze mehr zu beſtärken, und, wenn ich mich auch hiebey auf das Canoniſche Recht einlaſſe, ſolche in etwas zu erweitern. Ich verſpreche mir von beyden wenigſtens einigen Nutzen, beſonders für Anfänger.

Wenn gleich der erſte Artikel der peinlichen Gerichts-Ordnung angeführtermaßen am meiſten ſich auf alte deutſche Gewohnheiten beziehet [h]), ſo hat es doch keinen Zweifel, daß die darin enthaltene Vorſchrift vornehmlich durch die damal in Deutſchland ſchon eingeführten Grundſätze des Canoniſchen Rechts veranlaſſet worden ſey. Denn, da nach den letzteren die Blutrichter, oder die Bey-

h) Die Abhandl. von den vorzüglichſten alten deutſchen Gewohnheiten, auf welche in der peinlichen Gerichts-Ordnung Beziehung gemacht wird, und deren heutigen Anwendung. ſ. dieſe Beyträge *n.* VII.

Beyſitzer in den Criminal-Gerichten von allen geiſtlichen Ehrenſtellen, Präbenden und Beneficien ausgeſchloſſen wurden; ſo mußte dieſes bey den adlichen und andern angeſehenen Perſonen zum Nachtheil der Juſtitz nothwendig eine Entfernung von den Blutgerichten, oder den Criminal-Geſchäften veranlaſſen. Daher iſt es ſehr wahrſcheinlich, daß die zur Zeit der Verfertigung der peinlichen Gerichts-Ordnung in Deutſchland ſchon eingeführten Grundſätze des Canoniſchen Rechts am meiſten zu einer dieſerhalb beſonders gemachten Vorſchrift, oder zu dem Art. 1. P. G. O. beygetragen haben [i]).

Das in verſchiedenen Artikeln der peinlichen Gerichts-Ordnung bey dem Mangel eines Anklägers, beſtätigte Verfahren von Amtswegen [k]), oder der inquiſitoriſche Proceß hat unſtreitig aus dem Canoniſchen Rechte ſeine Veranlaſſung [l]) genommen, und es iſt ganz unläugbar, daß der Kaiſer Karl der Fünfte bey der ausdrücklichen Beſtätigung des inquiſitoriſchen Proceſſes auf jenes geſehen habe [m]), indem ſo wenig die Römer [n]), als

i) KRESS *de var. Iurisdict. in German. gener. Obſ.* 4. §. 1.

k) Art. 6. 188. 189. 211. 214. und 219. P. G. O.

l) *c.* 9. 10. 14. 16. 17. 19. 21. 23. 24. X. *de accuſat.*

m) THOMASIVS *de orig. proceſſ. inquiſitor.* §. 35. 38—46.

n) *L.* 6. §. 2. *de muner. et honorib.* BOEHMER *in Iur. Eccl. Proteſt. T.* 4. *L.* 5. *Tit.* 1. §. 8. *ſeqq.* HELLFELD *ad* ENGAV §. 71. Die gegenſeitige Meynung ſuchen beſonders in *L.* 13. *pr. de offic. praeſ.*

als die alten Deutſchen [o]), einen eigentlichen inquiſitoriſchen Proceß, ſo wie er nämlich im Canoniſchen Rechte vorgeſchrieben worden, jemals gekannt haben. Wenn es auch gleich gewiß iſt, daß durch die angewandten vereinten Bemühungen der Rechtsgelehrten der inquiſitoriſche Proceß heutiges Tages eine weit mehrere Vollſtändigkeit und Brauchbarkeit erhalten habe, als er eigentlich nach dem Canoniſchen Rechte hatte, ſo hebet doch dies den Satz ſelbſt nicht auf, daß bey der geſchehenen Beſtätigung des inquiſitoriſchen Proceſſes in der peinlichen Gerichts-Ordnung auf die Vorſchriften des Canoniſchen Rechts am meiſten geſehen worden, oder daß letzteres zu der wirklichen Einführung des Unterſuchungs-Proceſſes in Deutſchland die vornehmſte Veranlaſſung gegeben habe. Auch noch heutiges Tages hat es bey der allgemeinen Anwendung des inquiſitoriſchen Proceſſes, oder bey dem Verfahren des Richters von Amtswegen, in Anſehung aller und jeder Verbrechen lediglich, oder der Regel nach, das Bewenden, indem die peinliche Gerichts-Ordnung nur in dem einzigen Fall, wenn von einem Diebſtahl unter Eltern und Kindern, oder den nächſten Erben, die Rede iſt, eine Ausnahme machet [p]). Nach dem Gerichtsgebrauch

praeſ. §. 2. *Inſt. de I. N. et G. L.* 1. *C. de cuſtod. et exhibit. reor. L.* 7. *C. de accuſat. L.* 6. §. 1. *de poen. L.* 3. §. 4. *de ſuſpect. tut. Nov.* 128. *c.* 21. zu begründen. MATTHAEI *de crimin. Lib.* 48. *Tit.* 20. *c.* 1. LEYSER *Spec.* 560. *n.* 70.

o) HERT. *in Theſaur. Paroem. Lib.* 1. *Paroem.* 12.

p) Art. 165. P. G. O.

brauch pfleget jedoch auch wegen leichter Schmähungen unter Leuten geringen Standes [q]) und wegen des bloßen Verſuchs eines an und für ſich nur kleinen Verbrechens, womit kein öffentliches Scandal verbunden geweſen und wodurch keinem Menſchen einiger Nachtheil zugefüget worden, kein Verfahren von Amtswegen ſtatt zu finden.

Der in verſchiedenen Artikeln der peinlichen Gerichts-Ordnung [r]) zur Herausbringung der Wahrheit beſtätigte Gebrauch der Marter hat unſtreitig auf die Römiſchen Rechte [s]) eine Beziehung [t]). Denn vor Einführung der letzteren bedien-

q) Grundſätze des peinl. Rechts §. 303.

r) Art. 7. 8. 20. 22. 29. 45—60. P. G. O.

s) *Tot. tit. Digeſt. et Cod. de quaeſt.*

t) Malblanks Geſchichte der peinl. Gerichts-Ordnung S. 78. 79. REITMEYER *in Diſſert. de origine et ratione quaeſtionis per tormenta apud Graecos et Romanos. Goettingae* 1783. Obgleich der berühmte Herr Profeſſor Eberhard in der Berlinſchen Monathsſchrift vom Auguſt und Septemb. 1783. S. 115—135 und S. 496—515 den Gebrauch der Tortur in Deutſchland hauptſächlich aus den ehemaligen Ordalien herzuleiten ſuchet, ſo haben doch andere dieſer Meynung widerſprochen und durch viele wichtige Gründe dargethan, daß die Folter kein einheimiſcher Gebrauch, ſondern vielmehr eine ausländiſche und nur angenommene Gewohnheit ſey, die ſich nur lediglich aus dem Römiſchen Recht herſchreibe ſ. GRAEBE *in Progr. de origine torturae in Germania. Rintelii* 1785. Es zeigen auch überdieß ſchon die erſten Spuren, die man von der Tortur in den deutſchen Geſetzen findet, daß ſie nur lediglich von den Römern

bedienten ſich die deutſchen Gerichte hiezu, ohne auf den Stand zu ſehen, bekanntlich der ſogenannten Ordale, oder Gottesgerichte [u]); die Römiſchen Rechte aber gaben die Veranlaſſung, daß man eben ſo, wie die Römer [x]), unter Knechten und Freyen zu unterſcheiden anfing, und daher die Tortur bey den erſteren, die Ordale aber bey den letzteren gebrauchte [y]). Weil inzwiſchen zur Zeit der Verfertigung der peinlichen Gerichts-Ordnung der Gebrauch der Gottesgerichte oder Ordalien in Deutſchland faſt gänzlich aufgehöret hatte; ſo iſt es vermuthlich daraus zu erklären, warum die peinliche Gerichts-Ordnung, ohne auf die Verſchiedenheit des Standes irgend weiteren Betracht zu nehmen, die Anwendung der Marter als ein Hilfsmittel zur Herausbringung der Wahrheit beſtätiget habe [z]). Dagegen aber läßt ſich aus dem vormaligen, ſowohl Römiſchen als deutſchen Unterſchied unter Freyen und Leibeigenen bey Anwendung der Marter der Gerichtsgebrauch erläutern, daß man an den Oertern, wo die Marter annoch gewöhnlich iſt, Adeliche, fürſtliche Räthe, Profeſſores, Graduirte, Officiere und Predi-

mern abſtamme ſ. Weſtphal die Tortur der Griechen, Römer und Deutſchen, Leipzig 1785. §. 115.

u) HEINECCIVS *in Element. Iur. German. Lib.* 3. *Tit.* 6. §. 183.

x) *L.* 1. 2. 3. 4. 5. 6. 12. 16. und 17. *de quaeſt.*

y) HELLFELD *in Repertor. Iur. priuat. P.* 3. *p.* 2506.

z) BOEHMER *ad* CARPZOV. *q.* 117. *Obſ.* 2.

Prediger, nur wegen ſehr ſchwerer Miſſethaten, bey ausnehmend ſtarkem Verdacht, und nach vorgängiger Landesherrlichen Einwilligung zu foltern [a]) und ſich auſſer dieſen Fällen nur gewöhnlich des Eydes zu bedienen pfleget [b]).

Da die Juſtizverfaſſung bey den alten Deutſchen keine beſondere Gefangenhäuſer zur bloßen Aufbewahrung der Gefangenen erlaubte, ſo iſt es ſehr wahrſcheinlich, daß diejenigen Stellen der peinlichen Gerichts-Ordnung [c]), die beſondere Gefängniſſe lediglich zur Aufbewahrung der Anſchuldigten gehalten, und ſelbige dergeſtalt eingerichtet wiſſen wollen, daß ſie der Geſundheit des Inhaftirten keinen Nachtheil zufügen, auf ausdrückliche Vorſchriften des Römiſchen Rechts [d]) Beziehung haben. So viel aber die in der peinlichen Gerichts-Ordnung an verſchiedenen Stellen beſtätigte [e]) Gefängnißſtrafe, und beſonders die Gewohnheit der Gerichte, die Strafe des Kerkers, bewandten Umſtänden nach, allenfalls durch ein Speiſen bey Waſſer und Brodt zu ſchärfen, betrift; ſo ſtehet nicht ohne Grund zu vermuthen, daß

a) *L. 8. pr. L. 11. 12. C. de quaeſt. L. 10. C. de dignitat. L. 6. C. de Profeſſ. et med. L. 3. C. ad L. Iul. maieſt. L. 8. C. de epiſc. et cler.* BOEHMER *ad* CARPZOV. *q.* 118. *Obſ.* 4. und *in Meditatt. ad art.* 59. *CC.* §. 2.

b) Weſtphal im Criminal-Recht S. 811. Anmerkung 153. §. 7.

c) Art. 11. und 218. P. G. O.

d) *L. 8. §. 9. de poen. L. 1. C. de cuſtod. reor.*

e) Art. 10, 157, 216. P. G. O.

daß ſolche aus dem Canoniſchen Rechte hauptſächlich ihre Veranlaſſung habe [f]).

Zu der Vorſchrift der peinlichen Gerichts-Ordnung, daß der Ankläger, oder ſein Gewalthaber ſo lange mit ſeinem Leibe gefänglich verwahret werden ſolle, bis er nach dem Ermeſſen des Gerichts genugſamen Vorſtand und Sicherung geleiſtet hat, und zu der beſondern Pflicht, die den Gerichten aufgeleget wird, von den Anklägern genugſamen Vorſtand zu begehren [g]), hat aller Wahrſcheinlichkeit nach die ehemalige und bey den Römern üblich geweſene feyerliche Inſcriptio oder Subſcriptio in crimen [h]) die vornehmſte Veranlaſſung gegeben, obgleich letztere ſelbſt nicht beybehalten, noch beſtätiget worden.

Wenn die peinliche Gerichts-Ordnung den Richtern beſonders es zur Pflicht macht, ohne redliche Anzeigung niemand einer Miſſethat halben zu peinigen [i]), ſo ſtehet dieſe Vorſchrift mit einer merklichen Stelle des Römiſchen Rechts [k]) in

f) BOEHMER *in Iur. Eccl. Proteſt. T.* 2. *Lib.* 3. *Tit.* 46. §. 43.

g) Art. 12. 14. P. G. O.

h) *L.* 7. *D.* und *L.* 16. 17. *C. de quaeſt.* Wie beſonders die Inſcriptio von der ſubſcriptione unterſchieden geweſen ſey, zeiget BRISSON *de Solemn. pop. Rom. verbis et formulis p.* 442. und Herr Juſtitzrath MARTINI in der *Diſſertation de cautione Criminali. Buetzov.* 1777. §. 8.

i) Art. 20. P. G. O.

k) *L.* 1. §. 1. *de quaeſt.* v. ad tormenta ſeruorum ita demum veniri oportet, cum ſuſpectus eſt reus

in der genaueſten Verbindung; dahingegen ſcheinet der Art. 23. P. G. O., nach welchem auf eines einzigen Zeugen Ausſage, wenn er nämlich von der Hauptſache der Miſſethat zeuget, die Marter ſtatt finden ſolle, mit einer ausdrücklichen Stelle des Römiſchen Rechts [l]) in einigem Widerſpruche zu ſtehen [m]).

Die Vorſchrift der peinlichen Gerichts-Ordnung [n]), nach welcher belohnte Zeugen ſchlechterdings zu verwerfen ſind, ſtimmet zwar mit dem Römiſchen Rechte überein [o]), als welches das Zeugniß beſtochener Zeugen ſogar ſodann verwirft, wenn es gleich der Wahrheit gemäß befunden würde [p]); allein, deſſen ohngeachtet iſt es mir wenigſtens wahrſcheinlicher, daß der Verfaſſer der angezogenen Stelle der peinlichen Gerichts-Ordnung auf das Canoniſche Recht geſehen habe, als welches nicht allein ein jedes Dingen zum Zeugniſſe eine praeuaricationem veritatis nennet [q]), ſondern auch eine ſolche Ausſage ſchlechterdings

reus et aliis argumentis ita probationi admouetur, vt ſola confeſſio ſeruorum deeſſe videatur.

l) *L.* 20. *D. de quaeſt.*

m) Daß ein ſolcher Widerſpruch aber nicht vorhanden ſey, habe ich in der *Diſſertation: vtrum vnus teſtis torturae faciat locum*, zu beweiſen geſuchet.

n) Art. 64. P. G. O.

o) *L.* 3. §. 1. *de teſt. L.* 2. §. 2. *de condict. ob turp. cauſ.*

p) *L.* 1. §. 1. und 2. *ad L. Cornel. de falſ.*

q) *c.* 66 *Cauſ.* XI. *q.* 3. v. acceptio nummorum *praeuaricatio veritatis* eſt.

terdings verwirft [r]), zumal der Zeugen-Eyd darauf, daß der Zeuge keinen Lohn empfangen habe, oder Vortheile aus ſeinem Zeugniſſe erwarte, der Regel nach gerichtet ſeyn muß [s]), und daher theils wegen Beſorgniß des Meyneydes ein ſolcher Zeuge überhaupt nicht zuzulaſſen ſeyn würde, theils aber das vielleicht ſchon abgelegte Zeugniß wegen des ſolchergeſtalt bewieſenen Meyneydes dennoch allemal unkräftig werden müßte [t]).

Wenn die peinliche Gerichts-Ordnung befiehlet [u]), daß die Zeugen ſagen ſollen, **von ihrem ſelbſt eigenen wahren Wiſſen mit Anführung ihres Wiſſens gründlicher Urſache**; ſo ſtehet dieſe Vorſchrift eben ſowohl mit einer

 Stelle

r) *c.* 1. X. *de teſtib.* Placuit ſancto conuentui, vt teſtes ad *teſtimonium dandum* non conducantur pretio, et vt quicunque idonei et fideles in teſtimonium aſſumantur; ac nullus teſtimonium dicat, niſi ieiunus.

s) *cap.* 5. X. *de teſtib.*

t) Daß jedoch die verſprochene Schadenserſetzung wegen der Verſäumniß keine eigentliche Beſtechung ausmache, verſtehet ſich von ſelbſt. Die Frage inzwiſchen: Ob ein Zeugniß eines beſtochenen Zeugen, wenn letzterer bloß dazu, daß er die Wahrheit ſagen ſolle, gedungen worden, einige Beweiskraft habe? wird von CARPZOV. *q.* 93. *n.* 1. beſonders wegen des *L.* 1. §. 2. *ad L. Cornel. de falſ.* ſchlechterdings verneinet, vom BACHOW *ad* TREVTL. *V.* 1. *Diſp.* 32. *Th.* 8. und dem BOEHMER *ad art.* 64. *CC.* nach einem angenommenen Unterſchiede verſchiedentlich beantwortet.

u) Art. 65. P. G. O.

Stelle des Römiſchen Rechts, [x]) in Verbindung, als die Verordnung: ſo ſie aber von fremden Höhren ſagen würden, das ſoll nicht genugſam geachtet werden, auf Grundſätzen des Canoniſchen Rechts beruhet [y]).

Die Vorſchrift der peinlichen Gerichts-Ordnung, daß ein Angeſchuldigter ſodann, wenn er zweyer oder dreyer Zeugen Ausſagen, was nämlich die That ſelbſt und deren Hauptumſtände anlanget, wider ſich hat, für überwieſen zu halten iſt, und zu der verwirkten Strafe verurtheilet werden mag [z]), iſt nicht allein den göttlichen Geſetzen [a]), ſondern auch insbeſondere dem Römiſchen und Canoniſchen Rechte völlig gemäß [b]). Eben daraus iſt es zu erklären, warum ſie vom Kaiſer Karl dem Fünften in ſeinem Geſetzbuche angenommen und beſtätiget worden. Daß aber nach der peinlichen Gerichts-Ordnung [c]) eines einzigen Zeugen Ausſage zur Ueberweiſung nicht für hinlänglich gehalten wird, um darauf die Verurtheilung zur peinlichen Strafe zu bauen, gründet ſich vermuthlich auf der ausdrücklichen Vor-

x) *L. 4. C. de teſtib.* v. Sola teſtatione prolatam nec aliis legitimis adminiculis cauſam approbatam, nullius eſſe momenti certum eſt.

y) *cap.* 47. X. *de teſtib.*

z) Art. 23. 67. und 69. P. G. O.

a) *Deut.* XVII. 6. Matth. XVIII. 16. Johan. VIII. 17. 2 Cor. XIII. 1. Hebr. X. 28. 1 Timoth. V. 19.

b) *L.* 12. *D. de teſtib. c.* 10. und 23. X. *de teſtib.*

c) Art. 23. 30. und 67. P. G. O.

Vorſchrift des Römiſchen Rechts [d]), nach welchem ein Zeuge, er mag vom vornehmen, oder geringen Stande ſeyn, nur einen halben Beweis hervorbringet.

An vielen Stellen der peinlichen Gerichts-Ordnung wird das Römiſche Recht ausdrücklich beſtätiget, an andern geſchiehet es dadurch ſtillſchweigend, daß die Richter und Urtheiler in zweifelhaften Sachen dahin angewieſen werden, ſich bey den Rechtsgelehrten und hohen Schulen Raths zu erholen [e]). Man mag um ſo weniger zweifeln, daß der Kaiſer Karl der Fünfte durch die leztere Verordnung den Hilfsgebrauch der Römiſchen Rechte beſtätiget habe [f]), als nicht allein zu der Zeit die Gerichte ſchon mit ſolchen Leuten, die der Römiſchen Rechte kundig, beſezzet waren, ſondern es auch zu den ausgemachten Wahrheiten gehöret, daß die deutſchen Kaiſer ſich von den älteſten Zeiten her für Nachfolger der Römiſchen Kaiſer angeſehen, und leztere ſogar ihre Vorfahren am Reich genannt haben. Hieraus iſt meinem Bedünken nach eben am meiſten

d) *L.* 9. §. 1. *C. de teſtib.* v. Simili modo ſanximus, vt vnius teſtimonium nemo iudicum in quacunque cauſa facile patiatur admitti. Et nunc manifeſte ſancimus, vt vnius omnino teſtis reſponſio non audiatur, etiamſi praeclare curiae honore *praefulgeat.*

e) Art. 7. 18. 73. 91. 104. 146. 147. 150. 161. 186. und 219. P. G. O.

f) MEISTER *in cit. Diſſ.* §. 38.

zu erklären, warum die peinliche Gerichts-Ordnung, wenn ſie gleich bey dieſer oder jener Vorſchrift auffallend aufs Römiſche Recht Beziehung macht, dennoch letzteres niemal ausdrücklich nennet, vielmehr ſolches lediglich unter Berufung auf die Kaiſerlichen Rechte, auf die Saag der Vorfahren beſtätiget [g]); inzwiſchen dennoch durch den Zuſatz, unſre zu erkennen giebet, daß man jene Kaiſerlichen Rechte nicht ſowohl für fremde, als vielmehr für ſolche, die den einheimiſchen Geſetzen völlig gleich zu achten ſind, anſehen ſolle.

Wenn ferner die peinliche Gerichts-Ordnung insbeſondere befiehlet, daß diejenigen, die einen falſchen Eyd geſchworen haben, verläumdet ſeyn, und aller Ehren entſetzet werden ſollen [h]), ſo ſcheinet es, daß dieſe Verordnung auf einer dieſerhalb vorhandenen ausdrücklichen Vorſchrift des Canoniſchen Rechts eine Beziehung habe, und daraus am meiſten zu erklären ſey [i]).

Die Strafe des Feuers, welche nach der peinlichen Gerichts-Ordnung auf das falſche Münzen geſetzet worden [k]), hat auf des Kaiſers Conſtan-

g) Art. 104. 105. 117. 118. 120. 121. 122. 126. P. G. O.

h) Art. 107. P. G.

i) *c.* 17. C. VI. *q.* 1. *cap.* 10. X. *de iureiur.*

k) Art. 111. P. G. O. „Welche falſch Müntz machen, zeygen, oder dieſelbigen falſch Müntz auff „wechſelt oder ſunſt zu ſich bringt, und wiederumb „gefehr-

Conſtantin ausdrückliche Vorſchrift wohl eben ſo unſtreitig eine Beziehung [l]), als die Verordnung der peinlichen Gerichts-Ordnung, daß beſonders diejenigen, die ihre Häuſer zum falſchen Münzen geliehen haben, ſolcher verluſtig erkläret werden ſollen [m]), in der Vorſchrift des Römiſchen Rechts, nach welcher ein falſcher Münzer ſein ganzes Vermögen das dem Staat zufiel, verlohr, ſeinen Grund zu finden ſcheinet [n]). Eben ſo hat es wohl keinen Zweifel, daß der Kaiſer Karl der Fünfte bey Erwähnung der verſchiedenen Arten der Münzfälſchung zum wenigſten auf das Römiſche Recht und deſſen hierunter gemachte nähere Vorſchriften ſein Augenmerk richte [o]), wenn gleich die unter

Rr 4 ſolchen

„gefehrlich und boßhafftiglich dem Nechſten zu Nach-„theil wiſſentlich ausgibt, die ſollen nach Gewohn-„heyt auch Satzung der Recht mit dem Fewr vom „Leben zum Tod geſtrafft werden.“

l) *L. 2. C. de falſ. monet.* v. Si quis nummos falſa fuſione formauerit, vniuerſas eius facultates fiſco noſtro praecipimus addici. In monetis etenim tantummodo noſtris cudendae pecuniae ſtudium frequentari volumus: cuius obnoxii maieſtatis crimen committunt: et praemio accuſatoribus propoſito, quicunque ſolidorum adulter poterit reperiri, vel a quocunque fuerit publicatus, illico omni dilatione ſummota, *flammarum exuſtionibus mancipetur.*

m) Art. III. P. G. O. „Die ire Heuſer darzu wiſ-„ſentlich leihen, dieſelben Heuſer ſollen ſie damit ver-„würkt haben.“

n) *cit. L. 2. C. de falſ. monet.*

o) *L. 8. D. ad L. Cornel. de falſ.* v. Quicunque nummos aureos partim raſerit, partim tinxerit, vel

ſolchen Umſtänden in dem Römiſchen Rechte beſchriebene Strafe heutiges Tages nicht mehr Anwendung findet. Daß auch bey dem Erkenntniß der Todesſtrafe ſelbſt, oder bey der Anwendung der Strafe des Feuers wegen falſchen Münzens vorzüglich auf die Beſtimmungen des Römiſchen Rechts noch heutiges Tages das meiſte ankomme, hat nach den Zeugniſſen verſchiedener Rechtlehrer um ſo weniger Zweifel, als nach denſelben die Feuerſtrafe heutiges Tages eigentlich nur ſodann ſtatt findet, wenn das Verbrechen beſonders an Goldmünzen [p]) begangen worden [q]). Dagegen aber iſt freylich die Vorſchrift des Römiſchen Rechts, nach welcher das geſammte Vermögen eines falſchen Münzers dem Staat, oder dem Fiſco anheim fallen ſoll, auſſer Gebrauch, indem ſich ſolche heutiges Tages nur auf das gemünzte und bey den Verbrechern vorgefundene falſche Geld, wie auch auf die gebrauchten Werkzeuge lediglich einſchränket [r]). Ob auch gleich nach der aus-

vel finxerit: ſi quidem liberi ſunt, ad beſtias dari, ſi ſerui, ſummo ſupplicio affici debent.

p) Daß bey den Römern die Feuerſtrafe wegen des falſchen Münzens nur eigentlich ſodann ſtatt gefunden habe, wenn das falſche Münzen ſich auf Goldmünzen bezogen, hat vermöge des Ausdrucks: *Solidorum adulter* in dem *L. 2. C. de falſ. monet.* keinen Zweifel. BOEHMER *ad art.* 111. *CC.* §. 3.

q) WERNHER *P. 9. Obſ.* 200. ENGAV *de falſ. numm.* Struben in dem 1ſten Theil der rechtl. Bedenken *n.* 125. BOEHMER *T.* 3. *P.* 3. *Dec.* 871.

r) Reichsabſchied von 1578. §. 75.

ausdrücklichen Vorſchrift der peinlichen Gerichts-Ordnung das Haus, worin die falſche Münze gepräget worden, in Beziehung auf die beſondere Vorſchrift des Römiſchen Rechts [s]) verwirket ſeyn ſoll, ſo pfleget doch auch hierin der Gerichtsbrauch von den Buchſtaben des Geſetzes abzugehen [t]), wenn gleich dawider mit gutem Grunde ſehr erhebliche Einwürfe gemacht werden könnten [u]).

Obwohl der Kaiſer Karl der Fünfte, bey Beſtimmung der Strafe der Blutſchande, ſich ausdrücklich auf die Kaiſerlichen, oder welches einerley iſt, auf die Römiſchen Rechte berufet [x]), ſo finden doch dieſe dabey um ſo weniger Anwendung, als ſie eines Theils lediglich von den *inceſtis nuptiis*, nicht aber von andern Arten der Blutſchande handeln [y]), andern Theils aber es ſich nicht mit genugſamer Zuverläſſigkeit ausmachen läßt, welche Fälle die Römer eigentlich zu dem ſogenannten inceſtu iuris gentium, oder aber blos zu dem

s) *L.* 1. *C. de falſ. monet.*

t) BOEHMER *ad art.* III. *CC.* §. 13.

u) Der berühmte Herr Profeſſor PÜTTMANN *in Aduerſar. Iur. vniu. Lib.* 2. *cap.* 9. *p.* 271.

x) Art. 117. P. G. O. item ſo eyner unkeuſch mit ſeiner Stiefftochter, mit ſeines Suns Eheweib, oder mit ſeiner Stieffmutter treibt, inn ſolchen und noch nähern Sipſchafften ſoll die Straff, wie davon inn unſerer Vorjarn und unſeren keyſerlichen geſchrieben Rechten geſetzt, gebrauchet und derhalb bey den Rechtverſtendigen Raths gepfleget werden.

y) *Nouella* XII. *cap.* 1. *Authent. inceſtas nuptias C. de inceſt. nupt.*

inceſtu iuris ciuilis gerechnet haben [z]). Denn, einige rechnen zu den erſtern blos den Beyſchlaf unter Perſonen von der auf- und niederſteigenden Linie [a]), oder überhaupt alle und jede fleiſchliche Vermiſchungen von Perſonen, die in gerader Linie, ſowohl in der Blutsfreundſchaft, als Schwägerſchaft verwandt ſind [b]); dahingegen ſie den Beyſchlaf unter Bruder und Schweſter zu den letztern rechnen [c]). Andere aber dehnen den Begrif des inceſtus iuris gentium viel weiter aus, und wollen nicht allein den zuletzt angeführten Fall, ſondern noch viele andere Arten des Beyſchlafs unter nahen Verwandten dahin gerechnet wiſſen [d]). Bey dieſen verſchiedenen Erklärungen und Meynungen iſt es wohl nicht zu bewundern, daß der Gerichtsgebrauch an den meiſten Oertern bey Beſtimmung der Strafe der Blutſchande bisher diejenigen Grundſätze, die vom **Carpzov** [e]) in Gemäßheit der

z) *L. 8. de R. N. L. 38. ad L. Iul. de adulter. L. 5. de quaeſt. L. 6. C. de inceſt. nupt.* BOEHMER *ad art.* 117. *CC.* §. 4. und *in Obſeruat. ad* CARPZOV. *q.* 27. *Obſ.* 1.

a) WESTENBERG *ad Digeſt. Lib.* 48. *Tit.* 5. §. 22.

b) *L. 5. de condict. ſine cauſa. L. 68. de R. N.*

c) Heißler in der Abhandlung von der Verjährung der Blutſchande und übrigen fleiſchlichen Vermiſchungen in verbothenen Graden, Halle 1778. Man ſehe die Sammlung ſeiner vermiſchten Schriften.

d) MATTHAEI *de crimin. Lib.* 48. *Tit.* 5. *c.* 6. §. 3. BOEHMER *ad* CARPZOV. *q.* 72. *Obſ.* 1. BROOWER *de iur. connub. Lib.* 2. *c.* 17. §. 7.

e) CARPZOV. *P.* 4. *Conſt.* 22—24. und *in Pract. Rer. Crimin. q.* 71—74.

der Sächſiſchen Rechte angenommen worden, bey-behalten habe. Weil inzwiſchen der Kaiſer Karl der Fünfte, bey der Strafe der Blutſchande ſich ausdrücklich auf das Römiſche oder Kaiſerliche Recht beziehet, ſo behaupten daher die neueren Rechtslehrer [f]) nicht ohne Grund, daß keine Art der Blutſchande, ſelbſt nicht einmal die unter leiblichen Eltern und Kindern begangene, wenn damit kein anderes Capital-Verbrechen verbunden wäre, mit dem Tode beſtrafet werden könne [g]), vielmehr ein ſolcher Fall, Inhalts des Römiſchen Rechts, nach dem Unterſchied des Standes [h]), mit dem Staupbeſen oder der ewigen Landesverweiſung [i]) beleget,

f) Meiſter in dem erſten Theil rechtl. Erkenntniſſe in peinl. Fällen *Dec.* 2. *n.* 9. 10. und *Dec.* 15. *n.* 3.

g) *Arg. L.* 14. 15. und 39. *de LL.* Art. 104. P. G. O.

h) *Nouella* XII. *cap.* 1. und *Authent. inceſtas nuptias C. de inceſt. nupt.*

i) HELLFELD *in annotat. ad* ENGAVII *Element. Iur. Crimin.* §. 259. Meiſter a. O. *Dec.* 15. *n.* 8. Herr Hofrath Schmidt in den öffentlichen Rechtsſprüchen im fünften Abſchnitt *n.* 115. Nach den Erkenntniſſen anderer Rechtsſtühle hat man inzwiſchen den Vater, der mit ſeiner leiblichen Tochter Blutſchande getrieben hatte, auf Lebenszeit, die Tochter aber auf zehen Jahre, zum Zuchthauſe verurtheilet, ſ. Carrach in den rechtl. Urtheilen und Gutachten in peinlichen Sachen *n.* 90. Ueberhaupt wollen viele Rechtslehrer bey der Beſtrafung der Blutſchande unter Eltern und Kindern wegen des höheren Grades der Sittlichkeit der Handlung unterſchieden, und letztere der Regel nach gelinder

beleget, die Blutſchande aber ſowohl unter Verwandten, die ſich nach göttlichen Rechten in einem indiſpenſablen Grad der Blutsfreundſchaft, oder Schwägerſchaft befinden, als ſonſt eine jede andere Art der fleiſchlichen Vermiſchung im verbothenen Grade meiſtentheils nach richterlichem Ermeſſen beſtrafet werden müſſe [k]).

So wenigen Zweifel es auch nach dem Buchſtaben des Geſetzes haben kann, daß die Strafe einer Entführung am meiſten nach den Grundſätzen des römiſchen Reichs [l]) zu beſtimmen ſey [m]), ſo unterſchieden ſind gleichwohl die Rechtslehrer in ihren Meynungen bey der Beantwortung der Frage: Ob dasjenige, was das Römiſche Recht insbeſondere von den Gehülfen und Theilnehmern, imglei-

linder beſtrafet wiſſen. CARPZOV. *q.* 72. *n.* 47. MENOCH *de A I. Q. L.* 2. *Cent.* 4. *Caſ.* 304. HOMMEL *in Rapſod. Quaeſt. Obſ.* 227.

k) BERGER *in Oeconom. Iur. Lib.* 3. *Tit.* 11. *Th.* 7. *n.* 3. KRESS *ad art.* 117. *CC.* Meiſter a. O. *Dec.* 24.

l) *L. un. C. de Rapt. virg. L.* 5. §. 1. *ad L. Iul. de vi publ.*

m) Art. 118. P. G. O. „Item ſo eyner jemandt ſein „Eheweib, oder eyn unverlaumbte Jungfrawen wi„der des Ehemans oder des ehelichen Vatters wil„len eyner unehelicher weiß entfüret, darumb mag „der Eheman oder Vatter, unangeſehen ob die Ehe„fraw oder Jungfraw iren willen dazu gibt, pein„lich klagen und ſoll der Thätter, nach Satzung „unſer Vorfarn und unſern Kayſerlichen Rechten „darumb geſtrafft, und deshalb bey den Rechtver„ſtendigen Raths gebraucht werden.“

imgleichen von dem Verluſt des Vermögens und des Erbrechts einer mit ihrem Willen Entführten vorſchreibet, noch heutiges Tages in Anwendung zu bringen? Ob nun zwar es meinem Bedünken nach keinen Zweifel haben kann, daß es in Abſicht der Gehülfen und Theilnehmer bey den allgemeinen Grundſätzen von gemeinſchaftlichen Verbrechen und Förderung der Miſſethaten das Bewenden behalte [n]), da der Kaiſer Karl der Fünfte bey der Beſtimmung der Strafe der Entführung lediglich des Thäters Erwähnung thut; ſo ſcheinet gleichwohl die Meynung derjenigen Rechtslehrer, daß die Vorſchrift der Römiſchen Rechte [o]), vermöge deren die Güther des Entführers der entführten Perſon, oder, wenn ſie eingewilliget hat, ihrem Vater, und in deſſen Ermangelung dem Fiſco, zufallen, annoch heutiges Tages ſtatt finde [p]), wegen der allgemeinen Aufnahme des Römiſchen Rechts allerdings, und wenigſtens in dem Fall, wenn es zu einer zwiſchen dem Entführer und der Entführten heutiges Tages erlaubten Heyrath nicht kommen ſollte, gegründet zu ſeyn. Und dies um ſo mehr, da die neueren Rechte eigentlich nur diejenige Art der Einziehung des Vermögens, die zum

n) Herr Kanzler KOCH *in Inſtit. Iur. Crimin.* §. 366. Meine Grundſätze des deutſchen peinl. Rechts §. 514.

o) *L. vn. C. de Rapt. virg. Nouella* 123. *c.* 43. *Nouella* 150.

p) HELLFELD *ad* ENGAV §. 245. KOCH *c. l.* 365.

zum Beſten des Fiſcus ehedem geſchahe, und eine gewöhnliche Folge der Todesſtrafe war, aufgehoben haben[q]); dahingegen ſie diejenige, die zur Genugthuung des beleidigten Theils geſchiehet, vielmehr zu beſtätigen ſcheinen[r]). Indeſſen weichet der Gerichtsbrauch hievon ab, und dehnet das allgemeine Verboth der Einziehung des Vermögens wegen des odii confiſcationis bonorum gewöhnlich weiter aus, als es eigentlich den Geſetzen nach billig ſeyn ſollte[s]). Wie es denn auch an neueren Beyſpielen, da Inhalts der Römiſchen Rechte auf den Verluſt des Vermögens eines Entführers würklich wäre erkannt worden, gänzlich ermangelt.

Wann auch ferner der Art. 118. P. G. O. zu derjenigen Entführung, weshalb insbeſondere peinlich geklaget und der Thäter nach den Kaiſerlichen Rechten beſtrafet werden ſoll, erfordert, daß eine Ehefrau oder unverleumdete Jungfrau wider des Ehemannes oder ehelichen Vaters Willen unehelicher **Weiſe** entführet ſeyn müſſe, ſo beziehet ſich dieſe Beſtimmung wohl unſtreitig auf die Vorſchrift des **Canoniſchen Rechts**[t]), nach welcher eine freywillige Entführung einer Verlobten, oder

die

q) Art. 218. P. G. O.

r) KOCH *c. l.* §. 140. *n.* 3. BOEHMER *ad art.* 118. *CC.* §. 9. WERNH. P. 4. *Obſ.* 97. ſ. auch beſonders von dieſer Materie Löwenſtern *de bonorum publicatione in ſuppliciorum conſequentiam nemeſi Carolina ſublata.* *Buetz.* 1776.

s) BOEHMER *ad art.* 118. *CC.* §. 9.

t) *C.* 6. *X. de Raptor.*

die man mit ihrer völligen Zufriedenheit heirathen wollte, für keine eigentliche Entführung zu achten, wann gleich die Eltern der Entführten darunter widerſprechen mögten.

Der Artikel 120. der peinlichen Gerichts-Ordnung, welcher vom Ehebruch handelt, hat theils auf die Grundſätze des Canoniſchen, theils des Römiſchen Rechts eine ungezweifelte Beziehung. Denn, vermöge der letztern wurde es für keinen eigentlichen Ehebruch, ſondern nur für ein bloſſes Stuprum, angeſehen, wenn ein Ehemann mit einer ledigen Frauensperſon Unzucht getrieben hatte [u]), weil es nämlich ſodann an einer violatione thori alieni, worauf nach den Grundſätzen der Römer bey einem Ehebruch das meiſte ankam [x]), ermangelte. Weil aber dieſer Begrif des Ehebruchs von den Kirchenvätern vermöge verſchiedener Stellen des neuen Teſtaments [y]) verworfen, und an deſſen Stelle der Ehebruch überhaupt in dem Bruch, oder in der Verletzung der ehelichen Treue durch den Beyſchlaf geſetzet wurde [z]), ſo iſt daraus der Nachſatz in dem

Art.

u) *L. 6. §. 1. L. 34. D.* und *L. 18. C. ad L. Iul. de adulter. L. 225. de Verb. Sign.*

x) BOEHMER *ad art.* 120 *CC.* §. 1. Löwenſtern von dem Begrif des Ehebruchs nach den Römiſchen, deutſchen und Mecklenburgſchen Rechten, ſ. die gelehrten Beyträge zu den Mecklenb. Schwerinſchen Intelligenz-Nachrichten vom Jahr 1772. in dem 9ten bis zum 21ſten Stück.

y) Matth. *XIX.* 8. 19. 1 Corinth. *VII.* 2.

z) *C.* 15. *Cauſ.* XXXII. *q.* 5. v. non moechaberis) id eſt, ne quisquam praeter matrimonii ſui foedera

Art. 120. P. G. O. „Item das es auch gleicher „weiß inn dem Fall, ſo eyn Ehweib jren Mann, „oder die Perſon, damit der Ehbruch voln„bracht hett, beklagen will, gehalten werden „ſoll“ ohne Zwang zu erklären. Ohngeachtet dieſer Verſchiedenheit der Begriffe des Ehebruchs nach dem Römiſchen Recht und der peinlichen Gerichts-Ordnung, beſiehlet gleichwohl der Kaiſer Karl der Fünfte, daß ein Ehebrecher, oder eine Ehebrecherin nach den Kaiſerlichen, oder welches einerley iſt, nach den Römiſchen Rechten, geſtrafet werden ſollen [a]). Hieraus würde nun ſchon an und für ſich die Verlegenheit der Ausleger bey einer richtigen Beſtimmung der Strafe des Ehebruchs erkläret werden können [b]), wenn nicht noch überdieß die Anwendung der Strafe ſelbſt, welche das neuere Römiſche Recht auf den Ehebruch ſetzet, wenigſtens im Allgemeinen mit einiger Schwierigkeit verbunden wäre. Denn, wenn gleich der Kaiſer Juſtinian [c]) in Abſicht des Ehebrechers nach

dera aliis foeminis miſceatur ad explendam libidinem. *Nam ſpecialiter adulterium facit, qui praeter ſuam ad alteram accedit. add. cap.* 4. X. *de eo qui cognov.*

a) Art. 120. „Item ſo eyn Ehman eynen andern “umb des Ehbruchs willen, den er mit ſeinem Ehweib “verbracht hat, peinlich beklagt und des überwindet, “der ſelbig Ehbrecher ſampt der Ehbrecherinn ſollen “nach ſage unſer Vorfarn und unſer Keyſerli“chen Rechten geſtrafft werden.“

b) HOFFMANN *de diſſenſu Iurium in puniendo adulterii crimine. Francofurti* 1727.

c) *Nouella* 134. *cap.* 10.

nach dem Römiſchen Begrif die Todesſtrafe Inhalts der bereits vorhandenen Vorſchrift des Kaiſers Conſtantin [d]), beſtätiget, ſo beſtimmet er doch der Ehebrecherin lediglich das Kloſter, und räumet dabey dem beleidigten Ehegatten innerhalb zweyer Jahre die Befugniß ein, ſeine ehebrecheriſche Ehefrau daraus wieder erlöſen zu können. Den Fall aber, da ein Ehemann mit einer ledigen Frauensperſon Unzucht treibet, hält das Römiſche Recht angeführtermaßen für ein bloßes Stuprum, und kann daher keine Frage von der Anwendung der eigentlichen Strafe des Ehebruchs dabey vorkommen. Da nun ſolchergeſtalt die Römiſchen Rechte nur höchſtens in dem einzigen Fall der Unzucht mit eines andern Ehefrau anzuwenden ſind, das Kloſter aber bey den Proteſtanten wenigſtens für keine Strafe, vielmehr häufig für eine Wohlthat gehalten zu werden pfleget, ſo iſt hieraus die Verſchiedenheit in den Meynungen der Rechtslehrer, wegen der Strafe des Ehebruchs, ohne beſondere Schwierigkeit zu erklären. Denn, wie einige, beſonders ältere Rechtslehrer, in dem gedoppelten Ehebruch, und wann von einer ledigen Mannsperſon mit einer verheiratheten Frauensperſon Unzucht getrieben worden, den Ehebrecher mit dem Schwerdt, die Ehebrecherin aber mit dem Staubbeſem [e]) oder nach anderer Meynung, mit der Verurtheilung zu öffentlichen Arbeiten auf ein, zwey

d) *L. 30. §. 1. C. ad L. Iul. de adulter.*

e) CARPZOV, *q. 53. n. 54.*

zwey oder drey Jahre beſtrafet [f]), dann aber wenn ein Ehemann mit einer ledigen Frauensperſon Unzucht getrieben hat, jenen am Leibe, dieſe aber mit der Landesverweiſung beleget wiſſen wollen [g]), ſo behaupten doch andere, daß auf die Todesſtrafe überhaupt nur ſodann erkannt werden könne, wenn die Wiederholung die That ſchwerer mache, oder auch mit dem Ehebruch eine Blutſchande verbunden wäre [h]). Neuere berühmte Rechtslehrer wollen dagegen bey der Verſchiedenheit des Begrifs vom Ehebruch, des Römiſchen und der heutigen Rechte, die Todesſtrafe bey keiner Art des Ehebruchs ferner erkannt wiſſen [i]), wenn damit gleich eine Blutſchande verbunden wäre, woferne nicht ein anderes unläugbar mit dem Tode zu beſtrafendes Verbrechen damit zuſammenſtieſſe [k]). Nach dem Zeugniß dieſer Rechtslehrer iſt daher nach dem heutigen Gerichtsgebrauch ſowohl der gedoppelte Ehebruch, als die Unzucht einer ledigen Mannsperſon mit einer verheiratheten Frauensperſon, nach richter-

f) Carrach a. O. *n.* 83. 85. und 88.

g) WERNHER *P.* 10. *Obſ.* 450. will in dem bemerkten Fall dem Ehebrecher die Strafe des Staubbeſens zuerkannt wiſſen.

h) COLER *Dec.* 172. *n.* 14. BESOLD *Conſ.* 176. *n.* 2. und *Conſ.* 215. *n.* 4. HARPRECHT *Dec.* 53. *n.* 16.

i) SCHWEDER *in Coll. nou. Conſil. Tubing. Vol.* 6. *Conſ.* 89. *n.* 13. 14. 15. CRAMER *in Obſeruat. Iur. vniu. Tom.* 3. *Obſ.* 894. und *Obſ.* 979. wie auch *Tom.* 4. *Obſ.* 1164.

k) SCHORCH *Sentent.* 340. *n.* 10. HEINECC. *in Element. Iur. German. Lib.* 2. §. 147.

richterlichem Ermeſſen, und den Umſtänden nach, mit Gefängniß, Geldbuße, zeitlicher Landesverweiſung, oder gar mit der Verurtheilung zu öffentlichen Arbeiten [l]), die Unzucht einer verheiratheten Mannsperſon mit einer ledigen Frauensperſon aber, nach den Grundſätzen des Stuprums, und daher gewöhnlich mit einer Geldbuſſe, zu beſtrafen, oder wenigſtens die Strafe einer gemeinen Schändung nur in etwas zu ſchärfen [m]). Ob und in wiefern die Vorſchriften des Römiſchen Rechts, in Anſehung der Privatrache des Ehemannes, des Verluſtes des Brautſchatzes und anderer dem durch den begangenen Ehebruch beleidigten Ehegatten gebührenden Vortheile, heutiges Tages in Anwendung zu bringen ſtehen, davon habe ich an einem andern Ort, auf welchen ich mich der Kürze halben beziehe, zur Genüge gehandelt [n]).

Wenn der Kaiſer Karl der Fünfte das Laſter der zwiefachen Ehe ausdrücklich für ein gröſſeres Verbrechen, als den Ehebruch erkläret, auch jenes nicht weniger, als dieſes, peinlich beſtrafet wiſſen

Ss 2 will,

l) CRAMER *cc. ll.* HARPRECHT *c. l.*

m) Meiſter in den rechtl. Erkenntniſſen in peinl. Fällen im 2ten Theil *Dec.* 69. *n.* 53. ſ. auch was den damit übereinſtimmenden Gerichtsbrauch in Mecklenburg anbelanget, *Select. Iurid. Roſtoch. Faſcic.* 5. *Spec.* 7. 8. *q.* 3. *Ius Mecklenb. et Lubec. illuſtrat. Cent.* 4. *Iud.* 54.

n) Grundſätze des deutſchen peinl. Rechts, neueſte Auflage. §. 460-462.

will [o]), ſo iſt der Grund davon nicht ſowohl in der unſtreitig gröſſeren Sittlichkeit der Handlung, als vielmehr in dem Katholiſchen Lehrbegrif, nach welchem eine vollzogene Ehe für ein Sacrament [p]), und daher die Verletzung deſſelben für gröſſer, als ein bloſſer Ehebruch gehalten wird, anzutreffen. Obzwar aus dem ganzen Zuſammenhange des **121ſten Artikels der peinlichen Gerichts-Ordnung** zu erhellen ſcheinet, daß nach der Abſicht des Kaiſers das Laſter der zwiefachen Ehe mit dem Tode zu beſtrafen ſey [q]), ſo gehet gleichwohl der Gerichts-

o) Art. 121. P. G. O.

p) I. H. BOEHMER *Inſt. Iur. Canon. Lib.* 3. *Tit.* 41. §. 8.

q) „Item ſo eyn Ehmann eyn ander Weib, oder „eyn Eheweib eyn andern Mann, inn geſtalt der „heyligen Ehe bei Leben der erſten Ehgeſellen nimpt, „welliche übelthat dann auch eyn Ehbruch „und gröſſer dann daſſelbig Laſter iſt, und „wiewol die Keyſerlichen Recht auf ſollich „übelthat keyn Straff am Leben ſetzen: ſo „wollen wir doch welcher ſolchs Laſters be„trüglicher weiß mit wiſſen und willen Ur„ſach gibt und vollbringet, das die nit weni„ger, dann die Ehbrüchigen peinlich geſtrafft „werden ſollen.“ Es fehlet jedoch auch nicht an unterſchiedenen ſcheinbaren Gründen, nach denen auch ebenfalls zu vermuthen, daß der Kaiſer Karl der Fünfte in dem Art. 121. P. O. G. dem Laſter der zwiefachen Ehe nicht ſowohl die Todesſtrafe, als vielmehr nur eine bloß willkührliche Strafe beſtimmen wollen. S. *de* BOEHMER *ad art.* 121. *CC.* §. 6. und ESCHENBACH *in Progr. de Crimine Bigamiae. Roſtochii* 1786.

Gerichtsbrauch hievon ab r), womit auch die Bambergiſche Halsgerichts-Ordnung s) übereinſtimmet t). Man pfleget daher an den mehreſten Oertern in Deutſchland das Laſter der zwiefachen Ehe in Gemäßheit der römiſchen Rechte lediglich nach den Grundſätzen des Ehebruchs, gewöhnlich aber mit der Verurtheilung zu öffentlichen Arbeiten auf einige Jahre u), und bey dem Mangel irgend einiger Milderungs-Gründe, welcher Fall inzwiſchen ſelten vorkommen kann, ſogar mit der Leiſtung öffentlicher Arbeiten auf Lebenszeit zu beſtrafen x).

Es iſt zwar nicht zu bezweifeln, daß der Kaiſer **Karl der Fünfte** bey Beſtimmung der Strafe derjenigen, die ihre Eheweiber oder Kinder um Genuſſes willen zur Unkeuſchheit gebrauchen laſſen, auf das Juſtinianeiſche Recht ſein Augenmerk

r) GRANTZ *P.* 2. *c.* 8. *membr.* 1. *n.* 168. Carrach a. O. *n.* 89.

s) Art. 146. in den Worten: „Dieweil aber die Kei„ſerlichen Recht deshalb kein Todtſtraff ſetzen, ſo „wil uns nit gezyimmen darauff ein Todtſtraff „zu ordnen.“

t) Gonne von dem Unterſchiede der Caroliniſchen und Brandenburgiſchen auch Bambergiſchen Halsgerichts-Ordnung in Beſtrafung der zwiefachen Ehe, ſ. des berühmten Herrn Profeſſor Schotts juriſtiſches Wochenbtatt 1. B. S. 513. u. ſ. f.

u) BOEHMER *ad art.* 121. *CC.* §. 5. Eiſenhart in dem 5ten Theil der Rechtshändel *n.* 18.

x) Eiſenhart a. O. ſ. den 9ten Theil *n.* 17.

richte [y]). Da inzwiſchen der Kaiſer Juſtinian [z]) eines theils vornehmlich den Fall, da junge Mädchen wider ihren Willen zur Treibung der Unzucht gezwungen worden, vorausſezet, andern theils aber es nicht völlig auſſer Streit iſt, ob er durch den Ausdruck, *nouiſſima ſupplicia* gerade die Todesſtrafe beſtätige, ſo pfleget man nach dem Gerichtsbrauch den Fall, da Ehegatten ſich unter einander zur Unzucht verleitet haben, nach den Grundſätzen des Ehebruchs, eine jede andere Art ſolcher Verleitung aber, nach der Gröſſe des Vorſatzes und anderen beſchwerenden Umſtänden, mit der Verurtheilung zum Zuchthauſe auf ein, oder mehrere Jahre, oder mit Gefängniß zu beſtrafen [a]).

So wenig es, angeführter maßen, gegründeten Zweifel haben kann, daß in dem 126ſten Artikel der peinlichen Gerichts-Ordnung der Begrif eines Räubers nach den deutſchen Gewohnheiten angenommen worden [b]), ſo ſehr ergiebet

y) Art. 122. P.G.O. „Item, ſo jemandt ſein Eh„weib oder Kinder, umb eynicherley genieß willen, „wie der Namen hett, williglich unehelichen zu un„keuſchen und ſchendtlichen Werken gebrauchen leſt, „der iſt Ehrloß, und ſoll nach Vermöge gemey„ner Rechten geſtrafft werden.“

z) *Nouella* 14.

a) Meine Grundſätze des deutſchen peinl. Rechts §. 521.

b) S. dieſe Beyträge *n. VII.* von den vorzüglichſten alten deutſchen Gewohnheiten, auf welche in der peinlichen Gerichts-Ordnung Bezie

bet es doch der Augenſchein, daß der Kaiſer Karl der Fünfte die Strafe deſſelben, nach den Vorſchriften der Römiſchen Rechte [c]), in Ermangelung beſonderer Gewohnheiten, lediglich beſtimmet wiſſen wolle [d]).

Die aufs vorſetzliche und boshafte Unfruchtbarmachen eines Mannes oder Weibes in dem Art. 133. P. G. O. vorgeſchriebene Todesſtrafe ſcheint auf die Verordnung **Kaiſer Conſtantins**, nach welcher die Entmannung mit der Enthauptung zu beſtrafen, Beziehung zu haben [e]). Vielleicht mögen dazu auch die Grundſätze des **Canoniſchen Rechts**, nach denen es für einerley zu achten, ob jemand einen Menſchen todtgeſchlagen, oder vorſetzlicher Weiſe die Geburt eines Menſchen verhindert habe, dazu einige Anleitung gegeben haben [f]). Weil jedoch ſelbſt das neuere **römiſche Recht** in dem Punkt der

 Be-

Beziehung gemacht wird, und von deren heutigen Anwendung.

c) *L.* 28. §. 10. *D. de poen.* v. Graſſatores, qui praedae cauſa id faciunt, proximi latronibus habentur, et ſi cum ferro adgredi, et ſpoliare inſtituerunt, capite puniuntur.

d) Art. 126. P. G. O. „Item eyn jeder boßhafftiger überwundener Rauber, ſoll nach **Vermög** unſer **Vorfarn**, und unſerer gemeyner „**Keyſerlichen Rechten**, mit dem Schwert, „oder wie an jedem Ortt in diſen Fällen mit gutter „Gewonheyt herkommen iſt, doch am Leben, ge„ſtrafft werden.“

e) *L.* 1. *C. de Eunuch.*

f) C. 5. *X. de malef.*

Beſtrafung dererjenigen, die andern ihre Mannheit rauben, eine ſolche Art der Strafe vorſchreibet, die der Analogie der peinlichen Gerichts-Ordnung nicht gemäß und mit dem heutigen Gerichtsgebrauch nicht übereinſtimmet [g]), das als gewiß vorausgeſetzte Corpus Delicti auch auf bloße Hypotheſen beruhet, ſo iſt es hieraus zu erklären, woher man heutiges Tages das vorſetzliche Unfruchtbarmachen nur nach den zuſammenflieſſenden Umſtänden zu beſtrafen [h]), und

g) Der Kaiſer Juſtinian will nämlich diejenige Mannsperſon, die einer andern ihre Mannheit raubet, wieder entmannet, ein Weibsbild aber, die jenes Laſter verübet, mit dem Exilio oder der Deportation beſtrafet, in beiden Fällen aber die Güther der Verbrecher eingezogen wiſſen. *Nouella* 142. RITTERSHUSEN *ad Nouellas Cap.* 12. §. 7. In der Novella 60. des Kaiſers Leo wird in dem angeführten Fall die gleiche Wiedervergeltung zwar gemisbilliget, dagegen aber verordnet, daß derjenige, der einen andern entmannet, bis aufs Blut gepeitſchet, auf zehn Jahre verbannet und ſeine Güther eingezogen werden ſollen. ſ. Hr. D. Schröters vermiſchte Abhandlungen zur Erläuterung des deutſchen privat Kirchen- und peinlichen Rechts. Halle 1786. im 2ten Bande S. 231.

h) Die angeführte Novelle 142. beſtimmt den Fall nicht genau, wie nämlich derjenige zu beſtrafen, der ſich ſelber entmannet, oder unfruchtbar gemacht und wie die von andern dabey geleiſtete Hülfe, in ſofern ſie nicht wider Willen der unfruchtbar gemachten Perſon bewieſen, zu ahnden ſey, und daher könnte es ſcheinen, daß dieſer Fall bey den Römern eben nicht zu den Verbrechen gerechnet worden. *De* BOEHMER

und zum höchſten es bey einer Leibesſtrafe bewenden zu laſſen pfleget [i]).

Wenn der Kaiſer **Karl der Fünfte** beſiehlet, daß das Vermögen eines Selbſtmörders nur ſodann für verwirket angeſehen werden, oder dem Fiſco anheim fallen ſolle, wann das Verbrechen, deſſen jener bereits überwieſen worden, von der Beſchaffenheit geweſen, daß damit der Verluſt des Vermögens an und für ſich verbunden iſt, in allen übrigen Fällen aber den rechtmäſſigen Erben das denſelben zuſtändige Erbrecht beſtätiget [k]), ſo iſt es unſtreitig, daß hiemit auf das Römiſche Recht, deſſen der Kaiſer auch ſogar dabey ausdrücklich erwähnet, geſehen werde [l]). Dagegen aber können, bey dem Mangel beſonderer Geſetze, die Vorſchriften des Römiſchen Rechts, nach welchen ſchon ein verſuchter Selbſtmord bey den Soldaten am Leben zu beſtrafen war [m]), die letzten Willen und Schenkungen der Selbſtmörder

BOEHMER *in Meditatt. ad Conſt. Carol. Crimin. art.* 133. §. 12. Es ſuchet jedoch RITTERSHVSEN *c. l. p.* 693. unter Beziehung auf den *L.* 4. *in fin. ad L. Cornel. de Sicar.* das Gegentheil zu behaupten.

i) KRESS *ad art.* 133. *C.C.C.* §. 4. *n.* 3. *de* BOEHMER *c. l.* §. 13.

k) Art. 135. P. G. O.

l) *L.* 3. *pr.* und §. 2. und 6. *D. de bon. eor. qui ante ſentent. L.* 1. und 2. *C. de bon. eor. qui mort. ſibi conſciu. L.* 45. §. 2. *de iur. fiſci. L.* 6. §. 7. *de iniuſt. rupt. irrit. teſtament.*

m) *L.* 38. §. 12. *de poen. L.* 6. §. 7. *de re milit.*

ſchlechterdings und unter keinen Umſtänden für gültig oder rechtsbeſtändig angeſehen wurden [n]), und ein Selbſtmörder, der ſich aus böſen Gewiſſen entleibet hatte, nicht betrauret werden durfte [o]), heutiges Tages nicht füglich zur Anwendung kommen [p]).

Die beſondere Vorſchrift der peinlichen Gerichts-Ordnung, nach welcher das Halten beiſſender Thiere ausdrücklich verbothen ſeyn, und bey erfolgtem Schaden, der Herr des Thiers den Umſtänden nach beſtrafet werden ſoll [q]), ſcheinet auf eine beſondere Verordnung der Römiſchen Aedilen eine Beziehung zu haben, nach welcher, wenn ein freyer Menſch durch ein ſolches beiſſendes Thier getödtet worden war, auſſer der öffentlichen Beſtrafung, zwey hundert Gülden bezahlet werden mußten, bey dem Mangel der Tödtung aber nach richterlichem Ermeſſen die Vergütung beſtimmet wurde [r]).

Da

n) *L. 6. §. 7. de iniuſt. rupt. irrit. teſtament. L. 32. §. 7. de donat. inter Virum et vxorem.*

o) *L. 11. §. 3. de his qui not. infam.* v. non ſolent autem lugeri, vt Neratius ait, hoſtes vel perduellionis damnati: nec ſuſpendioſi: *nec qui manus ſibi intulerunt, non taedio vitae, ſed mala conſcientia.*

p) Von demjenigen, was die Römiſchen Rechte ferner von Selbſtmorde mehreres enthalten. ſ. des Herrn Ordinarius von Wincklers gelehrte *Commentation de mortis voluntariae prohibitione ac poenis. Lipſ.* 1775.

q) Art. 136. P. G. O.

r) BOEHMER *ad art.* 136. *CC.* §. 3.

Da nach dem Römiſchen Rechte auch diejenigen als eigentliche Todtſchläger angeſehen und beſtrafet wurden, die zwar nur die Abſicht hatten, jemanden am Leibe zu beſchädigen, indeſſen wider ihr eigentliches Vorhaben einen Todtſchlag begingen [s]), ſo iſt nicht allein der bey allen Gerichten heutiges Tages angenommene Grundſatz, daß dem Todtſchläger die Entſchuldigung des nur gehabten animi occidendi indirecti, zu ſeiner Befreyung von der Lebensſtrafe nichts helfen könne, daher zu erklären [t]), ſondern es zielet auch unſtreitig die peinliche **Gerichts-Ordnung** beſonders aufs Römiſche Recht, wenn ſie einen ſolchen, der einen Todtſchlag aus Jäheit und Zorn gethan, mit dem Schwerdt, einen vorſetzlichen muthwilligen Mörder aber mit dem Rade vom Leben zum Tode zu bringen, befiehlet [u]), obgleich der angenommene

s) *L.* 1. §. 3. *L.* 3. §. 4. *L.* 15. *D. ad L. Cornel. de Sicar.*

t) Der berühmte Herr geheimer Rath Nettelbladt *de homicidio ex intent. indirecta commiſſo. Halae* 1756. BRÜCKNER *in Progr. an homicidium absque animo necandi ſit capitale et vnde is animus probetur occaſ. L.* 14. *D. ad L. Cornel. de Sicar.*

u) Art. 137. P. G. O. „Und alſo das der gewohnheyt nach eyn fürſetzlicher mutwilliger Mörder mit „dem Radt, und eyn ander der ein Todtſchlag, „oder aus gecheyt unn Zorn gethan, unn ſonſt „auch gemelte entſchuldigung nit hat, mit dem „Schwerd vom Leben zum Tode geſtrafft werden „ſollen.“

mene Unterſchied unter eigentlichen Mördern und Todtſchlägern ſelbſt, angezogener maßen, lediglich deutſchen Urſprunges iſt [x]). Daß inzwiſchen der Todtſchlag nach bewieſenem animo occidendi indirecto heutiges Tages ſchlechterdings mit dem Schwerdte zu beſtrafen ſey, und daß der neuere Gerichtsbrauch damit ebenfalls völlig übereinſtimme, zeigen angeſehene Rechtslehrer durch beſondere Beyſpiele [y]).

Es iſt nicht unwahrſcheinlich, daß Kaiſer Karl der Fünfte, wenn er einen Todtſchläger, der lediglich zu Rettung ſeines Leibes und Lebens jemand entleibet hat, entſchuldiget, oder ihn von aller Strafe zu befreyen beſiehlet [z]), neben demjenigen, was hierunter ſchon natürlichen rechtens iſt, beſonders auch auf das Römiſche Recht, welches hierunter eben daſſelbe vorſchreibet [a]), geſehen, und ſolches beſtätiget habe.

Wenn

x) Dieſe Beyträge *n. VII.*

y) Herr Hofrath Schmidt in den öffentlichen Rechtsſprüchen. Jena 1777. im 5ten Abſchnitt *n. III.* und Herr Profeſſor PÜTTMANN *in Aduerſar. Iur. vniuerſi Lib. 2. cap.* 33. *Lipſ.* 1778.

z) Art. 139. und 140. P. G. O.

a) *L. 2. C. ad Leg. Cornel. de Sicar.* is qui aggreſſorem vel quemcunque alium in dubio vitae diſcrimine conſtitutus occiderit, nullum ob id factum calumniam metuere debet. *L. 3. C. eod.* Si quis percuſſorem ad ſe venientem gladio repulerit: non vt homicida tenetur: quia defenſor propriae ſalutis in nullo peccaſſe videtur.

Wenn die peinliche Gerichts-Ordnung die Nothwehr beſonders zur Vertheidigung der Güther erlaubet, auch einen ſolchen Todtſchlag, da ein Vater, der ſeine Tochter, und ein Ehemann, der ſein Eheweib bey unkeuſchen Werken findet, und den Beleidiger erſchläget, entſchuldiget [b]), ſo iſt ſowohl erſteres [c]), als letzteres [d]), am meiſten aus dem Römiſchen Rechte zu erklären. Obwohl das Römiſche Recht bey der Tödtung eines Diebes unter einem Diebſtahl bey Tage, und einem bey Nacht genau unterſchied, und bey jenem zugleich die Lebensgefahr erforderte [e]), ſo kommt es gleichwohl bey der Beurtheilung der Rechtmäßigkeit eines ſolchen Todtſchlages heutiges Tages lediglich darauf an, ob der Beſitz der Güther, die der Gefahr, entwandt zu werden, ausgeſetzet waren, auf anderweitige Weiſe, als durch Tödtung des Diebes zu erhalten ſtand, oder nicht [f]). Die Unterſchiede, welche das Römiſche Recht bey der Tödtung der Ehebrecher unter dem Vater und Ehemann, imglei-

b) Art. 140. und 150. P. G. O.

c) *L. 4. §. 1. L. 5. pr. ad D. ad L. Aquil. L. 9. ad L. Cornel. de Sicar. L. 1. C. vnde vi.*

d) *L. 20. L. 22. §. 2.* und *4. L. 23. §. 2.* und *4. L. 24. pr.* und *§. 1. D. ad L. Iul. de adulter. Nouella 117. c. 15.*

e) *L. 54. §. 2. de furt. L. 4. §. 1. L. 5. pr. D. ad Leg. Aquil. L. 9. ad L. Cornel. de Sicar.*

f) *Arg.* Art. 140. und 150. P. G. O. Hellfeld *Diſſ. de defenſione rerum violenta. Ien.* 1768. Meine Grundſätze des deutſchen peinl. Rechts. §. 243.

gleichen unter einem Ehebrecher vom vornehmen und geringerem Stande annimmt, finden heutiges Tages um ſo weniger einige Anwendung [g]), als es bey dem eben beſchriebenen Todtſchlage am meiſten darauf ankommt, ob der Todtſchläger die Entleibung zu der Zeit vollbracht habe, als er ſeine Tochter, oder Ehefrau im Ehebruch wirklich betraf, und ihm daher ein ſolcher heftiger Grad Leidenſchaften, welcher die Ueberlegung verhinderte, zur Entſchuldigung gereiche, oder nicht [h]).

Die peinliche Gerichts-Ordnung will, daß ein Dieb, der bey der That nicht betreten worden, und den Diebſtahl zum erſten Mal ohne beſonders beſchwerende Umſtände begangen hat, im Fall er dazu im Stande iſt, dem Beſchädigten ſeinen Verluſt zwiefach erſetzen, derjenige aber,

g) Herr Profeſſor PÜTTMANN *Adverſar. Iur. univ. Lib.* 1. *c.* 2. *p.* 36. LEYSER *Spec.* 578.

h) Art. 142. P.G.O. „So eyner eynen unkeuſcher „Werk halben bey ſeinem Ehelichen Weib, Tochter oder andern böſen ſträfflichen übelthaten fünde." Die Bambergſche Halsgerichts-Ordnung Art. 145. „Item begriff auch der Eemann „den Eebrecher an dem Eebruch, oder aber ſo eyn „Eemann eynen andern ſein Behauſung und gemeinſchafft mit ſeinem Eeweib wiſſentlich verbotten hat, „betritt dar über denſelben in ſolcher Ueberfarung, „und ſchlecht jn aus hitzigem Gemüt darob zu Tod, „oder auch die Eebrecherin, die peinlich ſtraff wirt „umb ſeins billigen ſchmertzen halb überſehen." Ein gleiches verordnet das Project der peinlichen Gerichts-Ordnung von 1521. ſ. Herr Kanzler Koch *in Inſtit. Iur. Crimin.* §. 320.

aber, der bey dem Diebſtahl betroffen worden, ſodann, wenn bey ihm Beſſerung zu vermuthen, und es an ſonſtigen beſchwerenden Umſtänden ermangelte, den Diebſtahl dem Beſtohlnen vierfältig bezahlen ſolle [i]). Es iſt ferner wohl ausgemacht, daß der Kaiſer bey dem angenommenen Unterſchiede, ob der Dieb, ehe er in ſeine Gewahrſam gekommen, bey dem Diebſtahl betreten worden ſey, oder nicht, auf die Römiſche Diſtinction inter furtum manifeſtum et non manifeſtum geſehen habe, [k]) und eben ſo wenig kann es gegründetem Zweifel unterworfen ſeyn, daß die dem Diebe nach dem angeregten Unterſchiede aufgelegete Verbindlichkeit, den zwiefachen, oder vierfachen Werth zu erſetzen, vorzüglich durch die hierunter ebenfalls vorhandene ausdrückliche Vorſchrift der Römiſchen Rechte [l]) veranlaſſet worden ſey. Obwohl es bey dem Mangel beſonderer Landesgeſetze bey dem Buchſtaben der peinlichen Gerichts-Ordnung billig das Bewenden behalten müßte [m]), ſo iſt es gleichwohl unſtreitig,

i) Art. 157. und 158. P. G. O.

k) §. 3. *Inſt. de obl. quae ex delict. L.* 2. *D. L.* 3. *pr.* und §. 1. *L.* 4. *L.* 5. *L.* 7. §. 1. *L.* 8. *D. de furt.*

l) §. 5. *Inſt. de obl. quae ex delict.* v. poena manifeſti furti quadrupli eſt, tam ex ſerui, quam ex liberi perſona: nec manifeſti, dupli.

m) THOMASIVS *de act. poenal. Iur. Roman. vſu in foris german.* KAESTNER *de vſu actionum poenal. in duplum et quadruplum in foris german. Lipſ.* 1736. GRASS. *Coll. Iur. Rom. cum Receſſ. Imper. p.* 682.

tig, daß nach dem heutigen Gerichtsbrauch bey einem zum erſten Male begangenen Diebſtahl ſo wenig auf die Umſtände, ob der Dieb bey der That betreten worden, oder nicht, geſehen, als nach dieſem Unterſchiede auf die Erſetzung des Zwiefachen, oder Vierfachen weiter erkannt werde [n]).

Wenn es gleich nicht eben ſcheinbar iſt, daß Kaiſer Karl der Fünfte [o]) bey dem Verboth des Verfahrens von Amtswegen, in dem Fall, da ein nächſter Erbe einen Diebſtahl begehen würde, auf die Lehre des Römiſchen Rechts von der expilata hereditate geſehen habe, [p]) ſo iſt es gleichwohl nicht ganz unwahrſcheinlich, daß die beſondere und ausdrückliche Verordnung der peinlichen Gerichts-Ordnung, nach welcher Mann und Frau wegen gegen einander begangener Diebſtähle von Amtswegen nicht in Unterſuchung gezogen und beſtraft werden ſollen, aus dem Römiſchen Rechte [q]) entſtanden ſey, zumal die älteren deutſchen Geſetze von einer völligen Gemeinſchaft der Güther unter Ehegatten, die heutiges Tages in ſo vielen Oertern gleichwohl angenommen und eingeführet worden, und worin man ſonſt vielleicht den Grund von der Vorſchrift der pein-

n) BOEHMER *ad art.* 158. *CC.* §. 2.

o) Art. 165. P. G. O.

p) BOEHMER *ad art.* 165. *CC.* §. 1.

q) *L.* 5. *D. expilatae hereditatis.* v. vxor expilatae hereditatis crimine idcirco non accuſatur, quia nec furti cum ea agitur.

peinlichen Gerichts-Ordnung zu finden glauben mögte, nichts gewußt haben [r]). Der Gerichtsbrauch ſtimmet auch noch heutiges Tages mit der peinlichen Gerichts-Ordnung darin überein, daß wider Ehegatten, die unter einander Diebſtähle begangen, oder wider ſolche, die des Beſtohlnen nächſte Erben ſind, von Amtswegen nicht verfahren, vielmehr ſogar auf erhobene Klage nicht ſowohl die gemeinen Grundſätze von Diebſtählen angewandt, als vielmehr eine gelindere Strafe erkannt zu werden pfleget [s]).

Wegen des Holzdiebſtahls beſtätiget der Kaiſer Karl der Fünfte [t]) eben denſelben Unterſchied, nämlich unter dem heimlichen Hinwegführen eines andern gehauenen Holzes, und unter dem heimlichen und verbothenen Hauen ſelbſt, ein Unterſcheid, welchen auch das Römiſche Recht [u]) annimmt; allein, in Abſicht der im letztern Fall beſtimmten Strafe weicht die peinliche Gerichts-Ordnung von dem Römiſchen Rechte gar ſehr ab, indem jene ſodann die Strafe nach der Gewohnheit eines je-

r) Der verdiente Herr Kanzler von Selchow in den *Elementis Iur. German. priuati* §. 471.

s) Die Abhandl. *n. II.* in dieſen Beyträgen.

t) Art. 168. P. G. O. „Item ſo jemand ſein gehawen „Holtz dem andern heimlich hinweg füret, das iſt „eynem Diebſtal gleich nach geſtalt der Sachen zu „ſtraffen. Welcher aber in eyns andern Holtz heli„cher und verbottener weiß hawet, der ſoll geſtrafft „werden nach gewonheyt jedes Landts oder Orts.“

u) *L. 2.* und *L. 8. D. de arbor. furtim caeſar.*

jeden Landes und Orts beſtimmet, dieſes aber unter gewiſſen Umſtänden ſogar die Strafe der eigentlichen Latronum erkannt wiſſen will [x]).

Die verſchiedenen Fälle, unter welchen ein eigentliches Sacrilegium, oder ein Diebſtahl an geweiheten Dingen, oder Stätten, ſtatt finden kann, die Kaiſer Karl der Fünfte ausdrücklich anführet und beſtätiget [y]), haben unſtreitig in dem Canoniſchen Rechte ihren Urſprung [z]). Eben ſo ausgemacht iſt es, daß der Kaiſer Karl der Fünfte ſowohl darin, daß er den Diebſtahl einer Monſtranz mit dem Feuer zu beſtrafen befiehlet [a]), als ſonſt

x) *cit. L. 2. de arb. furt. caeſar.* v. Sciendum eſt autem, eos qui arbores et maxime vites ceciderint, etiam tanquam latrones puniri.

y) Art. 171. P. G. O. „Item ſtelen von geweihten „Dingen oder ſtetten iſt ſchwerer dann ander Dieb„ſtal und geſchicht in dreierley weiß. Zum erſten, „wann eyner etwas heyligs oder geweihts ſtilt an „geweihten ſtetten. Zum andern, wann eyner et„was geweihts an ungeweihten ſtetten ſtilt. Zum „dritten, wann eyner ungeweihte Ding an geweih„ten ſtetten ſtilt.“

z) *Can.* 21. *Cauſ. XVII. q.* 4. v. Similiter ſacrilegium committitur *auferendo ſacrum de ſacro, vel non ſacrum de ſacro, ſiue ſacrum de non ſacro.* BOEHMER *Diſſ. II. de variis de ſacrilegii ſpeciebus ex mente Iuris Canonici. Halae* 1726. 1727.

a) Art. 172. P. G. O. „Item ſo eyner eyn Mon„ſtrantzen ſtilt, da daß heylig Sacrament des Altars „inn iſt, ſoll mit dem Fewr vom Leben zum Tod ge„ſtrafft werden.“

ſonſt bey einer jeden Art von Kirchenraube, die Lehrſätze ſeiner Religion vor Augen gehabt habe [b]), wenn gleich im übrigen auſſer dem Diebſtahl einer Monſtranz, nicht eigentlich zu behaupten ſtehet, daß der Kaiſer bey andern Arten des Sacrilegiums die Gröſſe der Strafe am meiſten nach der Groſſe der Heiligkeit, und nicht, wie gleichwohl wirklich geſchehen, nach dem allgemeinen Werthe der entwandten Sachen beſtimmet habe [c]). Bey den Proteſtanten können bey der Verſchiedenheit der Grundſätze in Religions-Sachen die in der peinlichen Gerichts-Ordnung des Sacrilegiums wegen beſtimmte Strafen nicht füglich zur Anwendung kommen, ob man gleich die Kirchenräuber wegen des gleichwohl vorhandenen höheren Grades des Vorſatzes und der Verletzung der öffentlichen Sicherheit, in ſo ferne nicht von der Todesſtrafe, als in Abſicht welcher es bey den gemeinen Grundſätzen von Diebſtählen das Bewenden behält,

b) Heißlers Erleuterung des 172. und 174ſten Artikels der peinlichen Halsgerichts-Ordnung Keyſer Carls des 5ten aus den Glaubens-Sätzen und der Liturgie der Römiſchen Kirche, ſ. des berühmten Herrn Profeſſor Schotts juriſtiſches Wochenblatt. *P. IV. p.* 134. *ſeqq.*

c) Herr Kanzler Koch *in Inſtit. Iur. Crimin.* §. 228. 229. BOEHMER *ad art.* 172. *CC.* §. 2. Die gegenſeitige Meinung behauptet ENGAV *in Element. Iur. Crimin.* §. 133.

hält [d]), die Rede iſt, gewöhnlich ſchärfer, als andere Diebe, zu beſtrafen pfleget [e]).

Wie, angeführtermaßen, die Vorſchrift der peinlichen Gerichts-Ordnung [f]), nach welcher der Hüter eines Gefängniſſes dieſelbe Strafe, welche der entflohene Gefangene verwirket hatte, leiden ſoll, den deutſchen Gewohnheiten nicht zuwider iſt [g]), ſo iſt ſie auch beſonders dem Römiſchen Rechte [h]) gemäß, als worinnen auch die Gleichheit der Strafe, beſonders in einem ſolchen Fall, ausdrücklich vorgeſchrieben iſt.

Da man in den älteren Zeiten in Deutſchland keine geſchriebene Acten und Protocolle formirte, vielmehr damit ſich zu begnügen pflegte, den Ange-

d) BOEHMER *ad art.* 174. §. 3. HOMMEL *Rapſ. Obſ.* 54. Eiſenhart in den Rechtshändeln im 3ten Theil *n.* 12.

e) Meine Grundſätze des deutſchen peinl. Rechts. §. 388.

f) Art. 180. P. G. O. „Item ſo eyn Hüter der „peinlichen gefengknuß eynem der peinliche ſtraf ver„wirkt aushilfft, der hat dieſelbig peinlich ſtraf an„ſtatt des übelthätters, den er alſo außgelaſſen, ver„wirkt.“

g) S. dieſe Beyträge *n. VII.*

h) *L.* 4. *C. de cuſtod. reor.* v. ad commentarienſem receptarum perſonarum cuſtodia obſeruatioque pertineat: nec putet hominem abiectum atque vilem obiiciendum eſſe iudici, ſi reus modo aliquo fuerit elapſus. *Nam ipſum volumus huiusmodi poena conſumi, cui obnoxius docebitur fuiſſe qui fugerit.*

geſchuldigten auf ſeine in Gegenwart des Richters und der Schöpfen gethane Ausſage zu verurtheilen, ſo iſt es nicht zu bezweifeln, daß die Einführung des Römiſchen und Canoniſchen Rechts zu dem allgemeinen Gebrauch der Gerichtsſchreiber in allen und jeden peinlichen Gerichten die Veranlaſſung gegeben [i]), und Kaiſer Karl der Fünfte jener Rechten gemäß, die Pflichten der Gerichtsſchreiber beſonders und ausführlich beſtimmet habe [k]).

Wenn gleich, angeführtermaßen, die Aushauung mit Ruthen auch bey den alten Deutſchen bekannt war, und theils den Verluſt der Ehre zur Folge hatte, theils ohne dieſelbe ſtatt finden konnte [l]), ſo iſt es doch wahrſcheinlich, daß die von dem Kaiſer Karl dem Fünften verſchiedener Verbrechen wegen beſonders geſchehene Beſtätigung dieſer Strafe [m]), auf die Römiſchen Rechte eine Beziehung habe, als nach welchen ſie zu den gewöhnlichen Leibesſtrafen gehörte [n]). Von dem heu-

i) *Nouella* 73. *cap.* 5. *Nouell.* 82. *pr. cap.* 11. *X. de probat. c.* 11. *de Reſcr. in* 6.

k) Art. 1. 5. 46. 47. 56. 94. 181. 183. 184. 188. 189. 190. 191. P.G.O.

l) HEINECCIVS *in Element. Iur. Germanici Lib.* 2. *Tit.* 30. §. 374.

m) Art. 115. 159. 198. P.G.O.

n) *L.* 6. und 7. *D. de poen.* v. Et ſunt poenae, quae aut vitam adimant, aut ſeruitutem iniungant, aut ciuitatem auferant, aut exilium, aut coertionem corporis contineant. Veluti fuſtium admonitio, flagellorum caſtigatio, vinculorum verberatio. Wie insbeſondere die eigentliche fuſtigatio,

heutigen Gebrauch des Staubbeſens iſt in derjenigen Abhandlung, worauf die gegenwärtige ſich beziehet, bereits mit mehrerem gehandelt worden [o]).

Die in der peinlichen Gerichts-Ordnung ausdrücklich befohlne Aufzeichnung der Güther flüchtiger Uebelthäter [p]) iſt zwar ſo wenig den Gewohnheiten der alten Deutſchen, als dem Römiſchen Rechte [q]) zuwider, vielmehr mit beyden übereinſtimmend; allein, ſowohl die Art und Weiſe, wie die Aufzeichnung der Güther zu geſchehen pfleget, als beſonders die Folgen derſelben, ſind von demjenigen ſehr unterſchieden, was hierunter nach den alten deutſchen [r]) und Römiſchen Geſetzen [s]) ſtatt fand [t]).

Wann

tio, oder fuſtium admonitio von der flagellatione unterſchieden geweſen, bemerket vollſtändig BOEHMER *ad art.* 198. *CC.* §. 2.

o) Dieſe Beyträge *n. VII.*

p) Art. 206. P. G. O.

q) *Tit. Digeſt. et Cod. de requirendis reis.*

r) Die angezogene Nummer dieſer Beyträge.

s) *L.* 5. *de requirendis vel abſent. damnand.* v. mandatis cauetur, intra annum requirendorum bona obſignari, vt ſi redierint et ſe purgauerint, integram rem ſuam habeant, ſi neque reſponderint, neque, qui ſe defendant, habuerint: tunc poſt annum bona in fiſcum coguntur, ſ. auch *L.* 1. und 2. *C. de requirend. reis.*

t) Die Art und Weiſe, wie nach dem heutigen Gerichtsgebrauch bey Aufzeichnung der Güther flüchtiger Verbrecher verfahren werde, imgleichen die Folgen, die daher erwachſen, ſind mit mehrerem in meinen

Grund-

Wann endlich Kaiſer Karl der Fünfte [u]) die ehemalige Einziehung, oder den Verluſt der Güther als eine Folge der Todes- oder einer ehrloſen Strafe, auſſer dem Fall der beleidigten Majeſtät, ausdrücklich verwirſt, ſo iſt es wohl unſtreitig, daß es mit dieſer Vorſchrift auf eine Einſchränkung der Römiſchen Rechte angeſehen ſey, als nach welchen das Vermögen derjenigen, die wegen ihrer Verbrechen Serui poenae wurden, nach den älteren Geſetzen ſchlechterdings [x]), nach den neueren aber nur bey dem Mangel der Kinder und ſolcher Blutsfreunde, die mit ihnen im dritten Grade der bürgerlichen Berechnung verwandt waren, dem Fiſco anheim fiel [y]).

Dieſe Fälle, die ich bloß auszugsweiſe angeführet habe, und die freylich noch um einen guten Theil vermehret werden können, zeigen den groſſen Einfluß der Römiſchen und Canoniſchen Rechte in eine richtige Erklärung der peinlichen Gerichts-

Grundſätzen des deutſchen peinlichen Rechts §. 830. beſchrieben.

u) Art. 218. P. G. O.

x) *L.* 1. *pr. de bon. damnat.* v. Damnatione bona publicantur, cum aut vita adimitur, aut ciuitas, aut ſeruilis conditio irrogatur. *L.* 8. *C. de poen.* Deportatorum in inſulam ab eo, cui id faciendi Ius erat, bona fiſco vindicantur: relegatorum autem non niſi ſententia ſpecialiter adempta fuerint. *L.* 4. und 10. *pr. C. de interdict. et relegat.*

y) *Nouella* 134. *cap. fin. Nouella* 17. *c.* 12. *Authent. bona damnat. C. de bon. Proſcript.*

Ordnung, und geben, meinem wenigen Bedünken nach, zu erkennen, daß ohne gründliche Kenntniß der erſteren, die letztere eben ſowenig gründlich erkläret werden könne, als ſolches bereits oben von den Geſetzen und Gewohnheiten der alten Deutſchen durch verſchiedene Beyſpiele bewieſen worden. Der Nutzen beyder Abhandlungen iſt erreichet, wenn ſie denjenigen, welche die peinliche Rechtsgelahrtheit zu erlernen ſich vorgeſetzet haben, Anreizung giebet, die bemeldeten ſo unentbehrlichen Hülfswiſſenſchaften mit allem nur möglichen Fleiß zu erlernen.

XLIV.

Ob Meyerleute wegen ihres Begehrens, daß ihnen bey Ablieferung ihrer Zinßfrüchte eine Mahlzeit gebühre, bey dem für ſich angeführten Beſitzſtande zu ſchützen ſeyn?

In einem benachbarten Lande klagten gewiſſe Meyerleute, oder Cenſiten wider ihre Guthsherrſchaft, daß letztere ihnen jetzt diejenige Mahlzeit bey Ablieferung ihrer Zinsfrüchte verſage, die ihnen gleichwohl obſervanzmäßig gebühre. Die beklagte Guthsherrſchaft ſtellte nun zwar bey ihrer Vernehmlaſſung nicht in Abrede, daß den Klägern bey Ablieferung ihrer Zinsfrüchte zuweilen eine Mahlzeit gegeben worden; allein dieſes ſey freywillig, oder precario geſchehen, mache daher keine Verbindlichkeit aus, auch habe man die Meyerleute nur ſodann, wenn es gerade Mittag geweſen wäre, aus bloſſer Güte mit eſſen laſſen. Obgleich der Beklagte bat, die Kläger unter Vertheilung in die Koſten mit ihrer Klage ab, und zur Ruhe zu verweiſen, ſo wurde gleichwohl von dem Richter in der erſten Inſtanz erkannt: daß die Kläger bey ihrem bisherigen Beſitz zu ſchützen, dem Beklagten aber der Beweis der Exceptionis precarii annoch binnen Ordnungsfriſt bleiben ſolle. Der Beklagte appellirte hievon an ein höheres Ge-

 richt

richt und ſetzte ſeine Beſchwerde wider das Erkenntniß der erſten Inſtanz vorzüglich darin, daß die Kläger für Beſitzer angenommen werden wollen, da er gleichwohl ihren Beſitz ſtandhaft leugne. Letzteren läge vor allen Dingen ob, den Grund ihrer Klage gehörig zu beweiſen, da bekannten Rechten nach, der Beklagte zum Beweiſe ſeiner Exceptionum niemahl eher angehalten werden könne, als bis der Kläger ſein fundamentum agendi gehörig bewieſen hätte [a]). Uebrigens laſſe ſich bey einem precario kein Beſitzſtand nach ausdrücklicher Vorſchrift der Geſetze gedenken [b]), und um deswillen bat er, daß den Klägern vor allen Dingen aufgegeben werden mögte, ihr eigentliches fundamentum agendi näher darzuthun. Allein es ward nichts deſto weniger in puncto Releuantiae grauaminum dahin erkannt: daß, weil Appellant in ſeiner bey dem Iudicio a quo eingereichten exceptiviſchen Nothdurft nicht entkennen mögen, daß den Appellaten bey Ablieferung ihrer Zinsfrüchte Mahlzeiten gereichet worden, und ſich nur in der exceptione precarii gründe, ſo habe es bey dem Decreto a quo lediglich ſein Bewenden. Wie nun hienächſt Remiſſio Actorum an das Niedergericht erfolgte, ſo erließ das letztere folgendes Decret:

a) *L.* 2. *D.* und *L.* 8. *C. de probat.*

b) *L.* 6. §. 2. *D. de precario* v. is, qui rogauit, vt precario in fundo moretur, non poſſidet, ſed poſſeſſio apud eum qui conceſſit remanet, nam et fructuarius (inquit) et colonus ſunt in praedio; et tamen non poſſident.

cret: Daß Implorant, weil er ſeine gemachte exceptionem precarii nicht bewieſen habe, ſchuldig ſeyn ſolle, den Imploraten die vorhin gebräuchliche Speiſung bey Ablieferung ihrer Zins- und Meyerfrüchte ferner zu reichen, auch denenſelben die verurſachten Koſten zu erſetzen. Hievon appellirte der Beklagte aufs neue. Er meynte, es gereiche ihm beſonders zur Beſchwerde, daß er die vorhin gebräuchliche Speiſung bey Ablieferung der Zins- und Meyergefälle den Klägern ferner zu reichen ſchuldig erkannt worden, da er gleichwohl den aufgelegten Beweis dadurch, wenigſtens artificialiter, zu führen geſuchet hätte, daß er auf gegenſeitige Vermuthungen ſich berufen habe. Denn, die angeſehenſten Rechtslehrer nähmen es als eine unbeſtrittene Rechtswahrheit an, daß eine Verbindlichkeit, den Meyerleuten bey Ablieferung ihrer Gefälle eine Mahlzeit geben zu müſſen, nicht zu vermuthen ſtehe c). Hieran ſey auch um ſo weniger zu zweifeln, als es widerſinnig ſeyn würde, den Meyerleuten ihre an und für ſich unbeträchtlichen Ablieferungen, wozu ſie gleichwohl verpflichtet wären, ſolchergeſtalt vergüten zu wollen. Ueberdieß erhielten ſie wegen ihrer Abgiften, wenigſtens zum Theil, häufig eine Erlaſſung, die ſodann auf die Mahlzeit verhältnißmäßig gerechnet werden müßte, welches aber ins Lächerliche fiele. Da ferner die Meyergefälle ſehr oft des Nachmittags entrichtet würden, ſo wäre nichts, als

c) STRVBEN *in acceſſ. ad Comm. de Iur. Villic. n.* 18.

als Unordnung im Hausweſen des Meyerherrn zu beſorgen, wenn er auch ſodann die Verbindlichkeit haben ſollte, ſeinen Meyerleuten eine Mahlzeit von Rechtswegen geben zu müſſen. Beklagter berief ſich ferner auf eine gegenſeitige Gewohnheit in der Nachbarſchaft, und behauptete, daß, wenn ſeine Meyerleute hierunter einen Vorzug zu haben behaupteten, ſie den gegenſeitigen Beweis durch ihre Meyerbriefe, deren Vorzeigung auch ausdrücklich verlanget wurde, führen müßten. Er bat hienächſt, ſeine probationem artificialem für hinreichend anzunehmen, und die Kläger mittelſt Vertheilung in die Koſten abzuweiſen. Allein die eingewandte Appellation wurde nichts deſto weniger wegen der Unerheblichkeit der Beſchwerden, und weil Beklagter den Beweis des precarii nicht geführet hatte, aufs neue verworfen. Jener ergrif wider dieſes Erkenntniß das nach den Landesgeſetzen zuläßige Remedium Supplicationis. In der freygelaſſenen weiteren Ausführung der Beſchwerden wurden die vorigen Gründe von ihm mehrentheils wiederholet, und noch beſonders angeführet, daß der vorige Guthsbeſitzer, des Beklagten Vater, aus einer zu groſſen Neigung zur Gutherzigkeit ſeinen Meyerleuten bey der Ablieferung ihrer Zinsfrüchte wohl eine Mahlzeit gegeben hätte; allein, dieſes ſey rechtswidrig und könne dem Beklagten, als dem Nachfolger, keine Verbindlichkeit auflegen [d]). In dieſer Vorausſetzung habe er ſeinen Meyerleuten

d) MASCARD *de Probat. Vol. I. Concl.* 188. *n.* 23.

ten bey Ablieferung ihrer Abgiften wohl zuweilen ein Butterbrod reichen laſſen, doch habe ſolches lediglich in ſeiner Gutheit ſeinen Grund gehabt. Weiter bezog er ſich auf eine Verordnung des höhern Gerichts in den älteren Zeiten, nach welcher auf geſchehene Anfrage eines vorigen Guthsbeſitzers, da deſſen damalige Meyer ſogar wegen gelieferter vier Beſem und eines Huhns, eine Mahlzeit begehret hätten, demſelben geantwortet worden, ſolche nicht zu geſtatten. Endlich meynte Beklagter, es müſſe der bekannte Rechtsſatz, daß derjenige, welcher bey jemand aus bloſſer Gaſtfreyheit viele Jahre herdurch gewohnet hätte, dadurch niemal ein Recht erlangen, und folglich dieſerhalb die Verjährung einwenden könne [e]), in gegenwärtigem Fall, da einerley Umſtände vorhanden wären, billig ſtatt finden. Er bat in Beyhaltung dieſer Gründe um Aufhebung des vorigen Erkenntniſſes, und zugleich um Verſchickung der Acten; die Kläger aber brachten ihre gegenſchließliche Verhandlung nicht ein, und wurden ſolchergeſtalt damit abgewieſen.

Es ſchien nun zwar freylich, daß nicht ſowohl ein Endurthel gefället werden könnte, als vielmehr vorläufig auf die Vorzeigung der Meyerbriefe erkannt werden müſſe. Denn, hieraus konnte, allem Anſehen nach, der Grund der Klage nur allein beurtheilet werden, da die Meyerbriefe die eigentliche Beſchaffenheit der wechſelſeitigen Verbindlichkei-

e) BESOLD *P. 3. Conſ.* 118. *n.* 70. MAYER *de advoc. armat. cap.* 10. *n.* 303.

keiten um ſo mehr beſtimmen mußten, als die Meyer der Regel nach, faſt bloß für Miethsleute anzuſehen ſind, und der letzteren Rechte zu genieſſen pflegen [f]). Würden aber die Meyerbriefe die Sache nicht näher aufklären, ſo ſchien in Beyhaltung der oben angeführten Gründe die Vermuthung für den Beklagten zu ſtreiten, und die exceptio precarii in aller Abſicht begründet zu ſeyn. Denn, wenn gleich den Geſetzen nach ein jedes precarium eine vorgängige Bitte, und die Vorbehaltung eines allenfalſigen Wiederrufs desjenigen, der das precarium einräumet, vorausſetzet [g]), ſo behaupten gleichwohl angeſehene Rechtslehrer, daß bey der Beſtimmung: Ob ein precarium vorhanden ſey, oder nicht? nicht ſowohl auf jene Eigenſchaften, als vielmehr auf die Umſtände, und ob nach letzteren ein precarium vernünftiger Weiſe zu vermuthen ſey, oder nicht? lediglich geſehen werden müſſe [h]). An ſolchen Umſtänden ſchien es nun in dem vorliegenden Fall nicht im geringſten zu ermangeln, da eines Theils die Kläger auch nicht einen einzigen Fall angeführet, oder ſich darauf berufen hatten, da auf ihr bloſſes Verlangen, oder vermöge einer Art von Schuldigkeit ihnen die Mahlzeiten wä-

f) Der berühmte Herr von Selchow *in Element. Iur. German. priuat. hodiern.* §. 389.

g) *L.* 1. *pr. D. de precario.* v. Precarium eſt quod precibus petenti vtendum conceditur tamdiu, quam diu is, qui conceſſit, patitur *add. L.* 1. §. 1. 2. *L.* 2. §. 2. *L.* 12. *L.* 15. *pr. de precar.*

h) LEYSER *Spec.* 510. *Med.* 1 — 4.

wären gereichet worden. In dieſer Hinſicht war daher dem Anſehen nach die Exceptio precarii des Beklagten in alle Wege gegründet, zumahl die Kläger den Einwand, daß in der ganzen Nachbarſchaft den Meyern bey Ablieferung ihrer Zinsfrüchte keine Mahlzeiten gegeben würden, nicht widerleget, oder das Gegentheil bewieſen hatten, oder wenigſtens ſchiene doch bey ſo bewandten Umſtänden kein genugſamer Grund vorhanden zu ſeyn, um die Kläger bey ihrem vermeynten Beſitzſtande ſchützen zu können.

Allein, dieſem allen ohngeachtet konnte es zuvörderſt auf eine vorläufige Vorzeigung der Meyerbriefe um ſoweniger ankommen, als in dem gegenwärtigen Fall noch nicht von dem eigentlichen Rechtsſtande, oder dem Petitorio, als vielmehr nur davon: Ob die Kläger ſich im Beſitzſtande, oder in der poſſeſſione vel quaſi der begehrten Mahlzeiten wirklich befänden? die Rede war, zumahl der Satz zu den bekannten, oder ausgemachten Rechtswahrheiten gehöret, daß bey allen und jeden Streitigkeiten am allermeiſten und vor allen Dingen auf den Beſitz, und wer ſich darin eigentlich befinde, geſehen werden müſſe [i]). Daß aber die Klägere dermahlen ſich wirklich in der poſſeſſione vel quaſi der begehrten Mahlzeiten befänden, begehrte der Beklagte nach Ausweiſung ſeiner exceptiviſchen Nothdurft und den anderweitigen Verhandlungen nicht abzuläugnen, ſondern er ſuch-

i) CRAMER *in Obſeruat. Iur. Vniuerſ. Tom. III. Obſ.* 836.

ſuchte nur ſeine Verbindlichkeit durch die Behauptung, daß die verlangte Mahlzeit lediglich bittweiſe, oder precario gegeben worden, zu beſtreiten. Dieſe Ablehnung aber, oder die exceptionem precarii mußte der Beklagte um ſo mehr rechtlicher Art nach beweiſen, als einem jeden Beklagten der Beweis ſeiner Einreden, oder vorgebrachten Exceptionum oblieget k). Ein ſolcher Beweis war dem Beklagten auch ebenfalls in allen vorhergehenden Erkenntniſſen rechtskräftig aufgelegt worden. Es konnte aber derſelbe blos durch gegenſeitige Vermuthungen, wie Beklagter zu thun ſuchte, um ſo weniger geführet werden, als die Kläger ihre gemachten Anſprüche an den zu gebenden Mahlzeiten nicht ſowohl auf dem Rechts- als vielmehr auf dem Beſitzſtande gründeten. Hingegen konnte eine gegenſeitige Obſervanz in der Nachbarſchaft um ſoweniger in Betracht kommen, als ſolche eines Theils nicht bewieſen war, vielmehr von Seiten des Gerichts ſogar das Gegentheil bezeuget wurde, und andern Theils eine gegenſeitige Obſervanz gegen den bewieſenen Beſitzſtand nicht angezogen werden konnte. Dasjenige aber, was das höhere Gericht einem ehemaligen Guthsbeſitzer auf geſchehene Anfrage, ob den Meyerleuten bey Ablie-

k) *L.* 19. *D. de probat.* v. In exceptionibus dicendum eſt, reum partibus actoris fungi oportere: ipſumque exceptionem, velut intentionem implere. *L.* 1. *C. de probat.* v. vt creditor qui pecuniam petit numeratam, implere cogitur, ita rurſus debitor qui ſolutam affirmat, eius rei probationem praeſtare debet.

lieferung ihrer Zinsfrüchte, oder Meyergefälle eine Mahlzeit von Rechtswegen zuzugeſtehen ſey? geantwortet hatte, konnte um ſoweniger einen Einfluß auf die gegenwärtige Entſcheidung haben, als eines Theils die eigentlichen Umſtände davon gänzlich unbekannt waren, und andern Theils ausgemachten Rechtens iſt daß in Partheyſachen nicht allein die ergangenen Decrete, ſondern ſogar Landesherrliche Reſcripte in Ermangelung einer Erklärung vom Gegentheil und einer förmlichen Eröfnung derſelben, bloß den Richter verbinden, oder wenigſtens nur auf den einzelnen Fall, worauf ſie ſich beziehen, Einfluß haben und darin rechtskräftig werden können *l*). Vermöge dieſer Gründe wurden der eingewandten Supplication ohngeachtet, die vorigen Erkenntniſſe ſchlechterdings beſtätiget, die Kläger bey dem Beſitzſtande geſchützet, und der Beklagte in die Koſten verurtheilet.

l) BOEHMER *in Iur. Eccl. Proteſt. Lib.* 1. *Tit.* 3. §. 22. SCHAVMBVRG *in Compend. Digeſt. Lib.* 1. *Tit.* 4. §. 6. Der berühmte Herr Hofrath SCHMIDT *Inſt. Iur. Ciuilis. Ien.* 1771. §. 184—186.

XLV.

Von den zur Sicherheit einzelner Leute, die mit ſchweren oder leichten Uebeln von andern bedrohet werden, zu nehmenden Maaßregeln.

Um den Fall, von dem die Rede iſt, gehörig zu beſtimmen, kommt zuförderſt alles auf den Unterſchied an, ob die Drohungen ſich zugleich auf ein ganzes Land, Stadt, oder Gemeinde beziehen [a]), auch ob dabey von der wahren Abſicht des Urhebers, ſie wirklich in Erfüllung bringen zu wollen, auffallende Beweiſe [b]) vorhanden ſeyn, und ob ſolchergeſtalt einem Lande, Stadt, oder Gemeinde eine eigentliche Fehde angekündiget wer-

a) Andere Rechtslehrer wollen jedoch, daß, ohne auf das Subject, worauf die Drohung ſich beziehet, zu ſehen, ein eigentlicher Landzwang überhaupt vorhanden ſey, wenn die Beſchaffenheit der Drohung an und für ſich zu erkennen giebet, daß es damit auf eine eigentliche Befehdung, oder einen Privatkrieg angeſehen ſey. BOEHMER *ad* CARPZOV. q. 37. *Obſ.* 6.

b) CARPZOV. *P.* 4. *Conſt. XV. Def.* 4. Herr Kanzler Koch *in Inſtit. Iur. Crimin.* §. 602. Daß ein Landzwang auch in bloßen Worten beſtehen, und ſolchergeſtalt zu Staude kommen könne, behauptet LEYSER *Spec.* 553. *n.* 9.

werde [c])? oder, ob die Drohungen lediglich auf einzelne Menſchen gerichtet ſind? In dem erſten Fall iſt ein eigentlicher Landzwang vorhanden, worauf die peinliche Gerichts-Ordnung und andere deutſche Reichsgeſetze die Strafe des Schwerdts ſetzen, und zwar ohne dabey die Entſchuldigungs-Gründe des Landzwingers, daß er nicht die Abſicht gehabt habe, ſeine Drohungen in Erfüllung zu bringen, in Betracht zu ziehen, und ohne darauf zu ſehen, ob ihn der Mangel einer bequemen Gelegenheit, oder der Zufall an der wirklichen Ausführung ſeines Vorhabens gehindert habe [d]).

Beziehen ſich aber die ausgeſtoſſenen Drohungen lediglich auf die vorhabende Beſchädigung einzelner Menſchen, als wovon ich gegenwärtig

Uu 2 allein

c) HELLFELD *in Annotatt. ad* ENGAVII *Elementa Iuris Criminalis* §. 500.

d) Art. 128. 129. P. G. O. R. A. von 1548. §. in was für geſuchten Schein es geſchehe. LUDOVICI *Diſſ. de effectu poenitent. in crimin. c.* 3. §. 14. Hätte jedoch die eigene Reue den Landzwinger von der Vollendung ſeines böſen Vorhabens abgehalten, ſo pfleget man ihn gewöhnlich entweder mit dem Staupbeſen zu beſtrafen, oder zu den öffentlichen Arbeiten zu verurtheilen. BASTINELLER *de effect. poenitent. in delict.* §. 21. Nach der Meynung verſchiedener Rechtslehrer iſt auch das Einwerfen der Brandbriefe bey dem Mangel eines bereits zur wirklichen Ausführung gemachten Verſuchs, und in Entſtehung beſonderer Landesgeſetze, auf eben angeführte Weiſe zu beſtrafen. KRESS *ad art.* 129. *CC.* HOMMEL *Obſ.* 130.

allein handle, ſo ſoll nach Vorſchrift der peinlichen Gerichts-Ordnung derjenige, von welchem ſie herrühren, wenn ſie anders, wie ſich von ſelbſt verſteht, gehörig zu beweiſen ſind, entweder hinlänglichen Vorſtand und Sicherheit nach dem Ermeſſen des Gerichts beſtellen, daß er ſeine Drohungen niemal zur Ausführung bringen wolle, oder er ſoll auch in Ermangelung deſſen, in gefängliche Gewahrſam gebracht werden [e]). In dieſer Gewahrſam muß nach ausdrücklicher Verordnung der peinlichen Gerichts-Ordnung der Gefangene ſich aus ſeinen eigenen Mitteln erhalten, in deren Ermangelung aber der Ankläger, und auch

e) Art. 176. P. G. O. in den Worten: „item ſo ſich „jemandt eyner Miſſethath ꝛc. von underſtandenen „Miſſethaten geſchrieben ſteht, genommen werden „möchte, und aus jezt gemelten oder andern genugſamen Urſachen, eyner Perſon nicht zu vertrawen oder zu glauben wer, das ſie die Leut gewaltſamer thätlicher Beſchedigung und übels vertrüg, „und bey Recht und Billigheit bleiben ließ, und ſich „ſollichs zu Recht genug erfünde und dann dieſelbig „Perſon deshalb keyn notturfft, Caution, Gewißheit oder ſicherheyt machen kündt, ſolchen künfftigen unrechtlichen ſchaden und übel zu fürkommen, „ſoll dieſelbig unglaubhafftige boßhafftige Perſon in „gefengnuß, als lang biß die nach erkandnuß deßſelben gerichts, gnugſame Caution, ſicherung und „beſtandt für ſolche unrechtliche thätliche handlung „thut, durch die Schöffen rechtlich erkanndt werden, jedoch ſoll ſolch ſtraff nit leichtfertiglich oder „ohn merklich Verdächtlichheyt künftigs übels, (als „obſteht) ſondern mit Rath der Rechtverſtendigen „beſchehen.“

auch bey deſſen Unvermögen der Fiſcus die erfo-derlichen Koſten tragen ſoll [f]). Nach den ge-gründeten Bemerkungen der Rechtslehrer muß in-deſſen die Obrigkeit bey der Mittelloſigkeit des An-geſchuldigten dergleichen Koſten allemal von Amts-wegen übernehmen, wenn der Bedrohete nicht ſo-wohl vermittelſt einer förmlichen Anklage, als viel-mehr mittelſt einer bloßen Anzeige auf die Beſtel-lung hinlänglicher Sicherheit angetragen, oder auch die Obrigkeit die letztere von Amtswegen verfüget hätte [g]). Die mehrſten Ausleger des 176ſten Artikels der peinlichen Gerichts-Ordnung bleiben gewöhnlich bey dem Buchſta-ben deſſelben, inzwiſchen pflegen andere einen Un-terſchied zu machen, ob die Drohworte lediglich in der Hitze des Zorns ausgeſtoßen, oder ob ſie vielmehr mit völliger Ueberlegung geſchehen. In dem erſten Fall wollen ſie den Angeſchuldigten auf etliche Tage zum Gefängniß verurtheilet, oder ſonſt verhältnißmäßig beſtrafet [h]) und dabey zur

 endli-

f) Art. 176. P. G. O. in den Worten: „Und wo „er ſich aus ſeinen ſelbs güttern, inn ſollicher ge-„fengnuß zu enthalten nit vermöcht, ſo ſoll als-„denn durch den Ankläger zu ſeiner enthaltnuß dem „Büttel ſein gebürlich wartgelt, nach ermeſſung des „Richters gegeben werden, und er der Ankläger der-„halb zimlich beiſtandt thun. Wo nun der Anklä-„ger ſollichen Koſten auch nit vermöcht, ſoll die „Oberkeyt denſelben Koſten tragen.“

g) BOEHMER *ad* CARPZOV. *q.* 38. *Obſ.* 8. und *in Meditatt. ad CC. art.* 137. §. 4.

h) LEYSER *Spec.* 553. *n.* 22.

eydlichen Angelobung, ſeine Bedrohung niemal zur wirklichen Ausführung bringen zu wollen, angehalten wiſſen [i]). In dem andern Fall aber behaupten die meiſten, daß der Angeſchuldigte, wenn anders ſeine gemachte Drohung beſtimmt und deutlich geweſen, einen hinlänglichen Vorſtand, deſſen Größe nach Beſchaffenheit der Umſtände von Gerichtswegen zu beſtimmen iſt, beſtellen, in deſſen Ermangelung mittlerweile in gefängliche Gewahrſam gebracht werden müſſe [k]). Ob nun zwar jener Vorſtand der Regel nach durch ſichere Bürgen, oder genugſame Pfänder zu beſtellen iſt [l]), ſo pfleget man doch den Beſitzer liegender Gründe, oder unbeweglicher Güther mit dieſer Art von Sicherheitsleiſtung zu verſchonen, wenn er eine unterpfändliche Verſchreibung auf ein unbewegliches Guth zu einer gewiſſen nach richterlichem Ermeſſen zu beſtimmenden Summe gerichtlich einreichet [m]). Einen blos mittelſt Eydes zu leiſtenden Vorſtand aber pfleget man gewöhnlich nur ſodann zuzulaſſen, wenn die Drohworte entweder lediglich in der Hitze, bey trunkenem Muthe, und daher ohne genugſame Ueberlegung ausgeſtoſ-

i) *Nouella* 112. *cap.* 2. Eſtor in den Anfangsgründen des gemeinen und Reichsproceſſes Tit. 272. §. 2160.

k) ROTH *de cautione de non offendendo* c. 2. §. 5.

l) BERGER *in Oeconomia Iuris Lib.* 3. *Tit.* 9. *Th.* 15. *n.* 7. HERCVLANVS *de cautione de non offendendo.* CARPZOV. *c. l. Def.* 6.

m) Eſtor a. O. LEYSER *c. l. n.* 20.

geſtoſſen, oder wenigſtens unbeſtimmt und zweydeutig ſind. Wenn aber die Drohworte völlig beſtimmt und deutlich ſind, und daher ein ſchweres Uebel zu befahren ſeyn mögte, ſo will man einen eydlichen Vorſtand nicht anders für genügend achten, als wenn der Angeſchuldigte ſonſt von gutem Leben und Wandel, und ſolchergeſtalt die Begehung eines Meyneydes mit Grunde nicht zu befürchten, auch überdieß der Bedrohete, nachdem er darüber gehöret worden, mit der Leiſtung eines eydlichen Vorſtandes völlig zufrieden iſt n). Nach den Bemerkungen berühmter Rechtslehrer o) muß die Größe der dem Bedroheten zu leiſtenden Sicherheit darnach am meiſten beurtheilet werden, ob das angedrohete Uebel, wenn es wirklich zu Stande käme, dem Bedroheten einen unerſetzlichen Schaden an ſeinem Leibe, Leben, Ehre, oder Güthern zuziehen könnte oder nicht? In dem erſten Fall verwerfen ſie die Beſtellung eines bloßen Vorſtandes zur Sicherheit des Bedroheten gänzlich, und wollen den Angeſchuldigten ſchlechterdings ſo lange zur gefänglichen Gewahrſam gebracht wiſſen, bis er ganz ungezweifelte Merkmale ſeiner Sinnesänderung zu erkennen giebet. Nach den Meynungen anderer Rechtslehrer ſoll er

n) MENCKEN *in Theor. et Prax.* §. 65. CARPZOV. *c. l. Def.* 8. Eſtor a. O. BOEHMER *ad* CARPZOV. *q.* 37. *Obſ.* 7. und *ad art.* 176. *CC.* §. 4.

o) BOEHMER *ad* CARPZOV. *c. l.* und *ad art.* 176. *CC.*

in dieſem Fall auf ſeine ganze Lebenszeit zu öffentlichen Arbeiten verurtheilet werden p). Wären aber die angedroheten Uebel nicht von der Beſchaffenheit, daß ſie den Bedroheten bey wirklicher Ausführung unvermeidlich unglücklich machen könnten, ſo laſſen ſie es bey der Vorſchrift der Geſetze, nach welcher der Angeſchuldigte, wenn er genugſamen Vorſtand zu leiſten im Stande iſt, mit der gefänglichen Einziehung zu verſchonen, lediglich bewenden.

Da inzwiſchen wohl ohne Zweifel die allgemeine Vorſchrift des Kaiſers Karl des Fünften, daß derjenige, der einzelnen Perſonen Uebel drohet, entweder genugſamen Vorſtand wegen der Nichterfüllung ſeiner Drohungen beſtellen, oder an deſſen ſtatt in gefängliche Gewahrſam mittlerweile gebracht werden ſolle, nur als eine etwanige Anweiſung für den Richter anzuſehen iſt, die näheren Beſtimmungen aber, oder das richterliche Ermeſſen in keine Wege ausſchlieſſet q), ſo will ich es verſuchen, ſowohl die Vorſchrift der peinlichen Gerichts-Ordnung in dem angezogenen Fall näher zu beſtimmen, als die verſchiedenen Meynungen der Rechtslehrer gewiſſermaßen zu vereinigen. Meinem wenigen Bedünken nach iſt nämlich vor allen Dingen zu unterſcheiden: ob die ange-

p) KRESS *ad art.* 176. *CC.* §. 2. *n.* 1. Eiſenbart im 3ten Theil der Rechtshändel *n.* 22. und im 4ten Theil *n.* 14. Stein in der Abhandl. des Lübeckſchen Rechts B. 4. Tit. 16. §. 565.

q) BOEHMER *ad* CARPZOV. *c. l.*

angedroheten Uebel mittelbar, oder unmittelbar haben zur Ausführung gebracht werden ſollen. In dem erſten Fall kommt alles darauf an: ob die Mittel, die der Angeſchuldigte zur Ausführung ſeines Vorhabens gewählet hatte, die einzigen waren, die er wählen konnte, oder, ob er auſſer denſelben noch andere gebrauchen, oder wählen könne? wenn jenes iſt, ſo bedarf es keiner beſonderen Sicherheits Beſtellung, oder Leiſtung eines Vorſtandes, vielmehr kann der Richter auf andere Wege, z. E. durch geſchärfte Verbothe unter Androhung angemeſſener Strafen, allenfalls auch durch Beſtrafung des Angeſchuldigten ſelbſt, deſſen Abſicht leichtlich vereiteln. Wenn aber dieſes iſt, das heißt, wann der Angeſchuldigte auch andere Mittel zur Ausführung ſeines Vorhabens wählen könnte, ſo würde meinem Bedünken nach veränderlich zu unterſcheiden ſeyn, ob die Uebel beſtimmt, oder unbeſtimmt gedrohet worden? Iſt das erſte geſchehen, ſo würde derjenige, der die Drohungen ausgeſtoſſen, ohne mit Leiſtung irgend einer Art von Vorſtande zugelaſſen zu werden, in gefängliche Gewahrſam zu bringen, und bey vorhandener Mittelloſigkeit, zu den öffentlichen Arbeiten zu verurtheilen ſeyn, wenn anders die Drohungen auf die Tödtung des Bedroheten, oder eines ſeiner Angehörigen, oder ſonſt auf die Zufügung eines unerſetzlichen Unglücks ſich bezögen, und dabey der Angeſchuldigte ein ſolcher Menſch wäre, der die Drohungen nicht ſowohl bey dem Ausbruch heftiger Leidenſchaften, oder bey trunkenem Muthe, oder aus Leichtſinnigkeit,

keit, ſondern vielmehr, den Umſtänden nach zu urtheilen, mit genugſamer Ueberlegung ausgeſtoſſen hatte. Bey dem Zuſammenfluß dieſer Umſtände würde ich den Angeſchuldigten, auch ſelbſt bey ſcheinbaren Merkmalen ſeiner Sinnesänderung nur ſodann aus ſeiner Gewahrſam entlaſſen, wenn er ſich zuvor dahin, daß er die Gegend, wo ſich der Bedrohete aufhält, bey unausbleiblicher lebenswieriger Gefangenſchaft, oder Zuchthausſtrafe in Zukunft vermeiden wolle, feyerlich verpflichtete. Derjenige aber, der entweder aus Leichtſinn, oder in der Hitze des Zorns, oder bey trunkenem Muthe Privatleuten unerſetzliche Uebel gedrohet hätte, würde, meinem Bedünken nach, eben ſowohl, als derjenige, der mit Ueberlegung mindere, oder leichtlich zu erſetzende Uebel gedrohet hätte, blos gerichtlich vorzufodern, und ihm die wirkliche Ausführung ſeiner Drohungen bey einer geſchärfteren Strafe, wie ſonſt, wenn die That ohne vorgängige Drohung ausgeführet worden, an und für ſich nur hätte ſtatt finden können, zu unterſagen ſeyn. Der bloße Verſuch, jene Uebel zur wirklichen Ausführung zu bringen, wenn er auch noch ſo entfernet geweſen wäre, könnte bey einer vierzehntägigen bis vierwöchigen Gefängnißſtrafe verbothen werden. Hätte aber der Angeſchuldigte gewiſſe Uebel unbeſtimmt gedrohet, ſo wäre er, meinem Bedünken nach, vorzufodern, und nach dem eigentlichen Sinn ſeiner gemachten Drohung gerichtlich zu befragen. Wenn er nun entweder ſich erklärte, daß auf die beſchriebenen unerſetzlichen Uebel ſeine eigentliche Abſicht gegangen

gen

gen ſey, oder auch die von ihm geſoderte Erklärung verweigerte, inzwiſchen nach allen Umſtänden zu vermuthen ſtünde, daß es mit der unbeſtimmten Drohung auf die Ausführung eines unerſetzlichen Uebels angeſehen geweſen ſey, ſo würde auch wider ihn dergeſtalt, als von dem Fall, da beſtimmte unerſetzliche Uebel gedrohet ſind, angeführet worden, lediglich zu verfahren ſeyn. Wenn er aber ſeine Erklärung dahin abgäbe, daß es entweder mit ſeinen Drohungen nichts auf ſich gehabt, oder ſie ſich auch nur auf kleinere Uebel bezogen hätten, ſo könnte es auch bey einem geſchärften Verbothe unter Androhung einer angemeſſenen Strafe das Bewenden behalten.

Hätten Untergebene gegen ihre Vorgeſetzte harte Drohungen ausgeſtoſſen, ſo ſind ſie nicht allein, bewandten Umſtänden nach, an ihrem Leibe, mit einem ein bis zweyjährigen Karrenſchieben, oder ſonſt ihren Verbrechen angemeſſen, zu beſtrafen, ſondern es iſt ihnen auch aller etwaniger Verſuch, ihre ehemaligen Drohungen in Erfüllung zu bringen, bey lebenswierigem Veſtungsbau zu verbieten.

Bezögen ſich die ausgeſtoſſenen Drohungen auf eine wider den Bedroheten zu erhebende Anklage, ein abzulegendes Zeugniß, oder ſonſt auf ein unter obrigkeitlichem Anſehen zuzufügendes Uebel, ſo könnte der Bedrohete ſich dadurch leichtlich in genugſame Sicherheit ſetzen, wenn er ſeinen Gegner gerichtlich auffoderte, die Richtigkeit deſſen, was er in Zukunft zu ſeinem Nachtheil im Gericht vorbringen, oder worauf er ſonſt antra-

gen

gen wolle, ſofort zu beweiſen. Thäte er dieß nicht, ſo würde die unmittelbare oder natürliche Folge davon ſeyn, daß auch in Zukunft auf die etwa demnächſt zu erhebende Anklage, oder auf das nachtheilige Zeugniß nicht weiter geachtet, ſondern derjenige, der die Drohungen ausgeſtoſſen, mit ſeinem Zeugniſſe und Anklage ſchlechterdings abgewieſen, überdieß als ein Injuriant beſtrafet, und zur angemeſſenen Genugthuung angehalten werden müßte. Ein anderes unter obrigkeitlichen Anſehen zuzufügendes Uebel könnte nach dem Unterſchiede, ob deſſen Ausführung wahrſcheinlich oder unwahrſcheinlich wäre, entweder durch eine Anzeige bey dem Landesherrn, oder Oberrichter, oder ſonſt bey der Behörde, leichtlich abgewandt werden, wenn anders ſowohl in dieſen, als in den vorhergehenden Fällen der Bedrohete aus genugſamen Gründen beſorgen müßte, daß der Angeſchuldigte unter obrigkeitlichem Anſehen unvermuthet einen höchſt nachtheiligen Streich wider ihn ausführen könnte. Denn, wäre das Gegentheil, und hätte der Bedrohete genugſame Beweiſe ſeiner Unſchuld in Händen, oder fehlte es ihm auch auf alle Fälle nicht an andern Mitteln zu einer genugſamen Sicherheit, ſo würde es auch von jenem lediglich abhängen, ob er ſich der vorgeſchlagenen Maaßregeln ſofort bedienen, oder die Erfüllung der gemachten Drohungen bey völliger Ueberzeugung ſeiner gänzlichen Schuldloſigkeit geruhig abwarten wollte.

Würde auch Jemand zu der Zeit, da zur Auspfändung oder zur Vollziehung anderer obrigkeitlicher

keitlicher Befehle wider ihn geſchritten werden ſoll, dieſe oder jene Drohungen wider den Kläger oder die Gerichtsbedienten ausſtoſſen, ſo pfleget dieſerhalb gewöhnlich nicht allein der Fiſcal zur Wahrnehmung ſeines Amts aufgefodert, ſondern auch mitlerweile die Ausführung der Drohungen allenfalls bey gefänglicher Einholung und ſonſtiger nachdrücklichen Beahndung unterſaget zu werden.

Eine unter Verlobten geſchehene Drohung, die zwar auf erſetzliche, inzwiſchen doch ſehr nachtheilige Uebel ſich beziehet, veranlaſſet gewöhnlich die Aufhebung, oder Trennung des Verlöbniſſes ſelbſt [r]). Bey einer unter Ehegatten vorgefallenen Drohung aber pfleget man zu unterſcheiden, ob ſie ſich auf ein erſetzliches, oder unerſetzliches Uebel beziehe. In dem erſten Fall pflegen obrigkeitliche geſchärfte Verbothe unter Androhung angemeſſener Beſtraſung die gewöhnlichen Mittel der Sicherheit für den Bedroheten zu ſeyn, nach deren Fruchtloſigkeit auch vollzogener angedroheten Strafe aber allererſt allenfalls zur Trennung vom Tiſch und Bett geſchritten zu werden. Die letzte iſt auch das gewöhnliche Mittel der Sicherheit ſodann, wenn Ehegatten ſich einander unerſetzliche Uebel gedrohet haben. Inzwiſchen können nach Beſchaffenheit der Umſtände diejenigen Maasregeln, die von Androhung eines unerſetzlichen Uebels im allgemeinen angeführet worden, auch bey Ehegatten in Anwendung kommen, obwohl man ſich gewöhnlich zum wenigſten vor der

Hand

r) *Select. iurid. Roſtoch. faſcic.* 2. *Spec.* 14. *q.* 4.

Hand mit einer von Tiſch und Bett verfügten Trennung zu begnügen pfleget [s]).

Hätten Eltern mit völliger Ueberlegung und mit vorbedachtem Muth ihren Kindern unerſetzliche Uebel gedrohet, ſo pflegen die Kinder von ihnen genommen und auf ihre Koſten anderweit untergebracht zu werden.

Nach dieſen unmaßgeblichen Gedanken würde die Leiſtung eines Vorſtandes, wenn einzelnen Perſonen gewiſſe Uebel gedrohet worden, zumal ſie ihrer Natur nach ſo wenige Sicherheit gewähret, von ſelbſt wegfallen, und es daher eines durch Bürgen und Pfänder beſtellten Vorſtandes, oder einer eydlichen Verſicherung nicht leicht bedürfen können. Ein ſolcher, der ungebührlicher Weiſe Drohungen ausgeſtoſſen, iſt nicht allein dergeſtalt, wie bey den verſchiedenen Fällen, da Drohworte gebraucht werden, bereits bemerket worden, zu beſtrafen, ſondern auch nach Beſchaffenheit und Gröſſe der Drohungen, oder deren Maralität zum Zuchthauſe, oder zur immerwährenden oder zeitlichen Gefangenſchaft zu verurtheilen. Dasjenige was unterſchiedene Landesgeſetze vorſchreiben, wie wider ſolche zu verfahren, die Drohworte gebrauchen, bemerket Hr. D. Schröter in den vermiſchten Abhandlungen zur Erläuterung des Privat- Kirchen- und peinlichen Rechts im 2ten Bande p. 393. u. ſ. f.

s) BOEHMER *ad art.* 176. *CC.* §. 2.

XLVI.

Von den Zwangsmitteln zur Beugung des Ungehorſams eines Angeſchuldigten, der eine wider ihn verhängte Unterſuchung, entweder durch eine gänzliche Verweigerung der Antworten, oder doch durch unbeſtimmte und unzureichende Ausſagen, vergeblich zu machen ſuchet.

Die Frage überhaupt, wie ſowohl in eigentlichen peinlichen, als geringen Strafſachen, die Halsſtarrigkeit eines ſolchen Angeſchuldigten, der auf die ihm vorgelegten Fragen ſich nicht gehörig vernehmen laſſen will, zu zähmen, und wie unter ſolchen Umſtänden beſonders wider ihn zu verfahren ſey? haben zwar einige Rechtslehrer, theils in beſonderen Abhandlungen [a]), theils beyläufig [b]), nach verſchiedenen dabey angenommenen Grund-

a) BOEHMER *de contumace non reſpondente, Hal.* 1717. BARTH *de comminat. ſub poen. confeſſi et conuicti in ciuilibus et criminalibus cauſis.*

b) BOEHMER *ad* CARPZOV. *q.* 113. *Obſ.* 10. und *ad CCC. art.* 46. §. 3. Schmidt in den öffentlichen Rechtsſprüchen zur Erweiterung der practiſchen Rechtsgelahrtheit. Jena 1777. im ſechsten Abſchnitt *n.* 128. Meiſter in dem erſten Theil der rechtl. Erkenntniſſe in peinl. Fällen. *Reſp.* 40. *n.* 14. Meine Grundſätze des deutſchen peinl. Rechts §. 672.

Grundſätzen zu beantworten geſuchet. Ich glaube aber dennoch nicht, daß eine genaue und vollſtändige Erörterung dieſer faſt täglich in den Gerichten vorkommenden Materie überflüſſig ſeyn könne, und will daher zuvörderſt die Meynung anderer Rechtslehrer darüber anführen, demnächſt aber meine eigene anfügen. Freylich kommt hiebey am meiſten alles auf den Unterſchied an, ob ein Angeſchuldigter, der ſich den beſchriebenen Ungehorſam hat zu Schulden kommen laſſen, des bezüchtigten Verbrechens nach ſeinen Hauptumſtänden durch vollgültige Zeugen [c]) überwieſen, oder, ob er deſſelben, ſeines vorigen Lebenswandels und der wider ihn vorhandenen Anzeigen wegen, nur verdächtig ſey. In dem erſten Fall bedarf es überall keiner Zwangsmittel, um den Ungehorſam eines Angeſchuldigten bey der Vernehmlaſſung zu zähmen, ſondern er iſt ſeiner Halsſtarrigkeit ohngeachtet, wenn nach geſchehenem Vorhalten des wider ihn bereits vorhandenen vollſtändigen Beweiſes [d]) er davon nicht ablaſſen wollte, zu der verwürkten

c) Daß der Beweis durch Urkunden und Briefſchaften unter den nöthigen Einſchränkungen, beſonders, wenn nicht von der Verurtheilung zur Todesſtrafe die Rede iſt, demjenigen durch Zeugen gleich zu achten ſey, und einen zur Verurtheilung hinreichenden vollſtändigen Beweis hervorbringen könne, iſt keinem Zweifel unterworfen. Claproth in der Einleitung in ſämtliche ſummariſche Proceſſe, Göttingen, 1770. im peinl. Proceß S. 113. u. f.

d) Art. 69. P. G. O. „Item ſo der Beklagt nach „gnugſamer Beweiſung noch nit bekennen wolt, ſoll „Im

würkten Strafe zu verurtheilen [e]). In dem andern Fall aber iſt der Unterſchied zu machen, ob von einem peinlichen Verbrechen, (worunter man bekanntlich dasjenige verſteht, das an und für ſich am Leibe, oder Leben zu beſtrafen,) oder von einem andern geringeren Verbrechen die Rede ſey. In jenem Fall wollen die Rechtslehrer einen ſolchen Angeſchuldigten, der die Antwort entweder ſchlechterdings verweigert, oder ſich wenigſtens nicht beſtimmt herauslaſſen will, zur Beugung ſeiner Hartnäckigkeit, oder Ungehorſams, (wenn anders die Miſſethat, wo nicht vollſtändig, doch zur Hälfte bewieſen, auch dabey wider ihn ein genugſamer Verdacht vorhanden iſt; nachdem eine Gefängniß- oder andere verhältnißmäßige Strafe zuvor verſuchet worden, mit der Peinigung bedrohet wiſſen [f]). Es verſteht ſich jedoch in alle Wege von ſelbſt, daß zu dergleichen Mitteln nur ſodann geſchritten werden könne, wenn andere gelindere, durch angemeſſene Vorſtellungen und Zuredungen bereits fruchtlos verſuchet worden ſind [g]). Bleibet er, der verſuchten gelinderen Mittel ohngeachtet

„Im angezeygt werden, das er der Miſſethat be„wieſen ſey, ob man dardurch ſein Bekandtnuß de„ſter eher auch erlangen kündt, ob er aber dannocht „darüber nachmals nit bekennen wolt, des er doch, „als obſteht, gnugſam bewiſen wer, ſolt er nit deſter „weniger der beweißten Mißthat nach, ohn eynich „peinliche Frage verurtheylt werden.“

e) Art. 22. 67. 69. P. G. O.

f) Schmidt a. O. §. 4.

g) BOEHMER *ad art.* 46. *CC.* §. 4.

tet bey ſeiner Halsſtarrigkeit, die den Verdacht wider ihn ſchon an und vor ſich verſtärket h), ſo iſt er, nach den Meynungen verſchiedener Rechtslehrer, zwar nicht des Verbrechens, wohl aber der wider ihn vorhandenen und durch ſeine verweigerte gehörige Vernehmlaſſung erhöheten Anzeigen für geſtändig und überführet zu achten. Es kann daher, um ſeine Halsſtarrigkeit zu zähmen und ihn zugleich, wo möglich zum aufrichtigen Bekenntniß zu bringen, auf den würklichen Gebrauch der Peinigung erkannt werden, oder es iſt auch das Erkenntniß auf dem Fall, daß die Bedräuung fruchtlos bleiben ſollte, ſofort auf den erſten, ja, bewandten Umſtänden nach, ſogar ſchon auf den zwoten Grad der Marter zu richten i). Sollte aber auch durch das Gefühl des letztern, der Inquiſit ſich zur Antwort nicht bewegen laſſen, ſo kann zwar nach den Meynungen einiger Rechtslehrer, wider einen ſo ſehr verſtockten Inquiſiten, nach vorher eingeholter Urthel, ſogar mit dem dritten Grade verfahren werden, indeſſen pfleget man die Peinigung zur Beugung des Ungehorſams nach überſtandenem zwoten Grade nicht leicht zu wiederholen, oder auf einen geſchärfteren zu erkennen, ſondern vielmehr eine etwas erhöhete willkührliche Strafe

h) *Arg.* Art. 24. und 28. P. G. O.

i) BARTH *c. l. c.* 2. §. 2. BOEHMER *in Ex. ad Pandect. T.* 2. *Ex.* 24. §. 8. Schmidt a. O. §. 4. 5. CARPZOV. *q.* 113. *n.* 58. Ludovici im peinl. Proceß Cap. 5. §. 13. 14.

Strafe ſtatt finden zu laſſen [k]). Dagegen aber wollen die angeführten Rechtslehrer, daß, wenn die verſuchte Peinigung zur Beugung des Ungehorſams zwar von Wirkung geweſen [l]), und den Inquiſiten zur gehorſamlichen Antwort gebracht hätte, er aber nunmehro alles ableugnete, die Tortur nichts deſto weniger, nach vorgängiger Verſendung der Acten, aufs neue erkannt werden könne. Man will aber, daß ſodann die Marter nur als ein Erforſchungs-Mittel, nicht aber wie vorher, zur Beugung des Ungehorſams gebraucht werden könne, und daß der Grad derſelben ſich nach der Beſchaffenheit des Verbrechens und der Größe der vorhandenen Anzeigen richten müſſe, da gegentheils der zur Beugung des Ungehorſams zu erkennende Grad der Marter nicht blos von der Beſchaffenheit des Verbrechens und der vorhandenen Anzeigen, ſondern auch zugleich von der Gröſſe und Dauer der bewieſenen Halsſtarrigkeit abhänget. Eben hieraus wird es leicht zu erklären, warum zuweilen der Grad der Marter, wenn ſie als ein eigentliches Erforſchungs-Mittel gebrauchet wird, geringer ſeyn könne, als derjenige bereits geweſen iſt,

 wodurch

k) HARPRECHT *Conſ.* 83. *n.* 101. Schmidt a. O. §. 8.

l) Bey einer Peinigung, die zur Beugung des Ungehorſams gebrauchet wird, pfleget man den Inquiſiten nicht ſowohl zu fragen, ob er bekennen? als vielmehr, ob er gehörig antworten? oder eine deutliche und nicht umwundene Antwort geben wolle? BOEHMER *ad* CARPZOV. *q.* 113. *Obſ.* 10.

wodurch man des Inquiſiten Ungehorſam zu zähmen und ihn zur Gebung genugſamer Antwort zu bewegen geſuchet hatte [m]).

Dieſe bisher angeführten Grundſätze inzwiſchen ſcheinen mir ſowohl an und für ſich eine Art von Grauſamkeit zu ſeyn, als auch mit der Aehnlichkeit des Rechts nicht übereinzuſtimmen. Denn, zuförderſt iſt eine ſolche Fortſchreitung von einer Marter zur andern eine würkliche Art von Theilung derſelben, mithin als eine grauſame, unzuläſſig, wenigſtens kann nur mit Vorwiſſen und Genehmigung des Landesherrn in ganz auſſerordentlichen Fällen darauf erkannt werden [n]). Hienächſt hat ein Inquiſit, der entweder fruchtlos bedräuet, oder mit der Marter nach dem erſten, oder einem geſchärfteren Grade ohne Wirkung angegriffen worden, alle wider ihn vorhanden geweſene Anzeigen entkräftet und letztere können, ſo wenig einzeln, als mit andern verbunden, bey dem Erkenntniſſe einer neuen Marter in Betracht kommen [o]), indem nun für den Gemarterten die Vermuthung

m) Schmidt a. O. §. 7.

n) BOEHMER *ad art.* 58. *CC.* §. 2.

o) HARPRECHT *Dec.* 134. *n.* 36. KOCH *Inſt. Iur. Crimin.* §. 875. BOEHMER *ad art.* 61. *CC.* §. 1. welcher letzterer merklich ſchreibet: „tametſi enim „reus ea non obſtante, denuo in ius vocari poſſit, „id tamen fieri nequit, niſi ex nouis argumentis, „per ſe ad inquiſitionem ſufficientibus, poſthabi- „tis antecedentibus indiciis, nequidem cum nouis „coniungendis, intuitu quorum autoritas rei iu- „dicatae reum tuetur.“

muthung der Schuldloſigkeit waltet p). Vermöge dieſer angeführten unleugbaren Rechtswahrheiten kann daher ein halsſtarrig läugnender Inquiſit, wenn er zur Zähmung ſeines Ungehorſams mit der Marter, entweder bloß bedräuet, oder auch würklich angegriffen worden, nicht aufs neue gepeiniget, oder die Marter auch nur den Graden nach geſchärfet werden; es muß vielmehr bey der einmal vorgenommenen Bedräuung, oder dem gebrauchten Grade der Peinigung ſein Bewenden behalten. So gerne ich es zugebe, daß die Tortur an denjenigen Oertern, wo ſie noch gebräuchlich iſt, zugleich zur Beugung des Ungehorſams im Nichtantworten, und als ein Erforſchungsmittel gebrauchet, auch nach der Gröſſe des Verbrechens und der vorhandenen Anzeigen auf geſchärftere, oder gelindere Peinigung erkannt werden könne; ſo wenig Beyfall ſcheinen mir diejenigen zu verdienen, die, nach fruchtlos verſuchter Bedräuung mit der Marter, oder nach würklich vollzogener Peinigung zur Beugung des Ungehorſams, dieſelbe demnächſt als ein Erforſchungsmittel wiederholen, oder, wenn das erſte Erkenntniß, zur Zähmung des Ungehorſams auf einen gelinderen Grad fruchtlos geblieben iſt, in einer neuen Urthel auf geſchärftere Grade rechtlich erkannt wiſſen wollen. Denn, es fehlet ſolchen Erkenntniſſen offenbar

p) WEISSENBRUCH *de tortura non infamante. Gieſſ.* 1707. CRANTZ *Defenſ. inquiſit. P.* 2. *c.* 6. *membr.* 1. *n.* 30. PÜTTMANN *in Element. Iur. Crimin. Lipſ.* 1779. §. 909.

bar die geſetzliche Billigung und ſie ſind um ſo weniger zu vertheidigen, da auch ſelbſt an den Oertern, wo die Peinigung als ein Mittel die Wahrheit herauszubringen, annoch gebräuchlich, ſie gleichwohl, nach den Grundſätzen der Billigkeit und Menſchenliebe, dergeſtalt zu mäßigen iſt, daß ſie nicht in wilde Grauſamkeit ausarte. Bey einem Inquiſiten, der ſich in peinlichen Fällen durch Verweigerung der Antworten überhaupt, oder der beſtimmten beſonders, halsſtarrig und ungehorſam beweiſet, iſt daher meinem Bedünken nach vor allen Dingen dahin zu ſehen, ob er zugleich auf offenbaren Unwahrheiten, Umzügen und Widerſprüchen betroffen werde, auch ſich etwa weigere, von ſeinem Stande, Herkunft und andern Umſtänden, die lediglich ſeine Perſon angehen, etwas beſtimmtes anzugeben, oder, ob ſich ſeine Hartnäckigkeit vielmehr darin zeige, daß er auf die ihm vorgelegten Fragen die Antwort, entweder gänzlich zurück hält, oder ſich nicht beſtimmt genug ausdrücket. Wäre das erſtere, ſo mag ein ſolcher verſtockter, widerſpenſtiger und frecher Inquiſit mit Schlägen, oder härterem Gefängniß, oder ſonſt, verhältnißmäſſig beſtrafet werden q). Dergleichen Züchtigungen

q) CARPZOV. *q.* 113. *n.* 54. *ſeqq.* BRVNNEM. *in Proc. Crimin. c.* 8. *membr.* 1. *n.* 78. *et* 81. HARPRECHT *Conſ.* 106. *n.* 129. 134. KEYSER *in Praxi crimin. P.* 1. *c.* 5. §. 25. *p.* 410. Meiſter in den rechtl. Erkenntniſſen und Gutachten in peinlichen Fällen. *Reſp.* 40. *n.* 14. *Dec.* 71. *n.* 30. und *Dec.* 76. *n.* 43.

gungen pfleget man ſich nicht in der Abſicht, um ein Bekenntniß zu erzwingen r), ſondern vielmehr zur Beſtrafung grober Unwahrheiten, die unter den angeführten Umſtänden wahre Verbrechen ſind, zu bedienen. In dem andern Fall aber, iſt vor allen Dingen unter ſolchen Oertern, wo die Marter noch gebräuchlich und ſolchen, wo ſie, vermöge der Landesgeſetze, auſſer Anwendung iſt, zu unterſcheiden. An den letzteren Orten fällt der Gebrauch der Marter zur Beugung des Ungehorſams von ſelbſt weg. In Ermangelung geſetzlicher Beſtimmungen würde aber darauf zu ſehen ſeyn: ob von ſchweren Miſſethaten, welche die Ruhe und Sicherheit des Staats verletzen, oder von andern peinlichen Verbrechen? ob von berüchtigten Böſewichtern, die ihr bisheriges Leben in Schandthaten und Laſtern beweislich zugebracht haben, oder von andern, die Rede ſey? ob wider den Angeſchuldigten ein halber, und vielleicht noch mehr als ein halber Beweis vorhanden, oder, ob er noch nicht einmal ſo weit beſchweret ſey? ob er wenigſtens dieſes, oder jenes unerlaubte Betragen eingeſtehe, oder nicht? Hiernach würde entweder auf eine verhältnißmäßige auſſerordentliche Strafe, oder auf eine mäſſige Arbeit auf kürzere oder längere Zeit,

 oder

r) Daß ſodann, wenn der Angeſchuldigte von ſeinem Stande, Herkunft und andern, lediglich ſeine Perſon angehenden Dingen nichts angeben will, eigentliche Zwangsmittel gebrauchet werden können, vertheidiget Eiſenhart in dem fünften Theil ſeiner Rechtshändel *n.* 8.

oder wohl gar auf Abſolvirung von der Inſtanz zu erkennen ſeyn [s]). In Rückſicht auf die erſterwähnten Oerter aber, gebe ich es zu, daß wider einen Angeſchuldigten, der in eigentlichen peinlichen Fällen entweder ſchlechterdings nicht, oder wenigſtens nicht beſtimmt genug, antworten will, zu der Bedräuung mit der Marter, oder allenfalls gar zu wirklicher Vollſtreckung derſelben geſchritten, auch ſolche, wenn der Angeſchuldigte ſein Verſprechen, nicht ferner halsſtarrig ſeyn zu wollen, nicht erfüllen möchte, wiederholet werden könne. Ich ſetze inzwiſchen dabey die Einſchränkung zum voraus, daß wider ihn wegen des bezüchtigten Verbrechens ein genugſamer Verdacht vorhanden ſey. Denn, die Verweigerung der Antwort überhaupt, oder einer beſtimmten beſonders, wenn gleich gegründete Vermuthungen, daß ſie lediglich auf Ungehorſam beruhe, vorhanden wären, kann allein und an und für ſich den Gebrauch der Marter nicht rechtfertigen, indem es genugſam an geſetzlichen Beſtätigungen zu deſſelben Vertheidigung in

s) Mein Erachten, in wiefern in Ermangelung eines vollſtändigen Beweiſes, wider einen Angeſchuldigten bey vorhandenen genugſamen Verdacht zu verfahren ſey, beſonders an denjenigen Oertern, wo die Tortur abgeſchaft worden. Roſtock, 1774. Daſelbſt und auch in meinem Entwurf zum Geſetzbuch Th. 2. §. 91-95. und Th. 3. §. 56. ſind dieſe Fälle, die auch hiebey zur Entſcheidung dienen, weitläuftiger aus einander geſetzet worden, auf welche ich mich daher hier der Kürze halben beziehe.

in dem angezogenen Fall fehlet [t]). Aus eben dieſer Urſache bin ich überzeuget, daß der angebliche Gerichtsbrauch, nach welchem, nach fruchtlos verſuchter Bedräuung mit der Marter, die letztere ſelbſt, oder nach geſchehener Peinigung ſim gelinderen Grade, bey dem Mangel genugſamer Wirkung zu geſchärfteren Graden geſchritten werden könne, ſich eben ſo wenig rechtfertigen laſſe, als die Erkenntniſſe, nach denen die bereits als ein Mittel zur Beugung des Ungehorſams vergeblich gebrauchte Marter demnächſt als ein Erforſchungsmittel nach Beſchaffenheit des bezüchtigten Verbrechens, und der wider den Angeſchuldigten vorhandenen Anzeigen, in geſchärfteren, oder gelinderen Grade zu wiederholen iſt. Denn, nach den oben vorangeſchickten Grundſätzen mag, bey dem Mangel genugſamer Anzeigen, die den Angeſchuldigten der That ſelbſt verdächtig machen, wider denſelben zur Beugung ſeines Ungehorſams auf die Marter nicht füglich erkannt werden. Hieraus ergiebet ſich von ſelbſt, daß die Peinigung nur dann, wenn ſie als ein Erforſchungsmittel an und für ſich rechtsbeſtändig erkannt werden mag, zugleich als ein Mittel zur Beugung des Ungehorſams gebrauchet, wegen des letzteren allein aber nicht für zuläſſig geachtet werden könne. Meinem Bedünken nach

 würde

t) Denn wann gleich im Römiſchen Recht der Gebrauch der Tortur auch unter gewiſſen Umſtänden wider Zeugen zugelaſſen wird, *L.* 21. §. 2. *de teſtib. L.* 15. *pr. de quaeſt.* ſo läßt ſich doch auf den gegenwärtigen Fall davon keine Anwendung machen.

würde daher derjenige, bey dem die Marter als ein Erforſchungsmittel betrachtet, bey dem Mangel genugſamer Anzeigen, entweder überall nicht, oder wenigſtens zur Zeit nicht ſtatt finden könnte, und bey dem alle Zuredungen und Vermahnungen zu einem reinen Geſtändniß, fruchtlos geblieben wären, ſelbſt an ſolchen Oertern, wo die Tortur noch gebräuchlich iſt, zur Beugung ſeines Ungehorſams beym Verhör nicht ſowohl zu peinigen, als vielmehr, den Umſtänden nach, entweder auſſerordentlich zu beſtrafen, oder von der Inſtanz zu abſolviren ſeyn.

Es iſt nun noch die Frage zu beantworten übrig: Ob in geringen Verbrechen, deren Strafe ſo wenig an und für ſich, als unter den gegenwärtigen Umſtänden, am Leibe oder Leben gehet, zur Beugung des Ungehorſams oder Halsſtarrigkeit beym Verhör dieſe oder jene Zwangsmittel gebrauchet werden können? Angeſehene Rechtslehrer bejahen die Frage und behaupten zugleich, daß der eines geringen Verbrechens halben verdächtige Inculpat, der ſich in Güte darüber nicht vernehmen laſſen will, auſſer den in einigen Stockſchlägen, oder einer Geld- und Gefängnißſtrafe beſtehenden und von dem Ermeſſen des Richters abhängenden Zwangsmitteln, auch dadurch zur gehörigen Vernehmlaſſung gebracht werden könne, daß ihm ſolche unter der Verwarnung, wie er ſonſt des Verbrechens für geſtändig und überführet geachtet werden ſolle, aufgegeben werde u). Sie wollen ferner,

daß,

u) Schmidt a. O. §. 3.

daß, wenn der Angeſchuldigte bey ſeiner Widerſpenſtigkeit demungeachtet beharren dürfte, das Verbrechen für eingeſtanden wirklich angenommen, und weil hier die zu beſtimmende Strafe dem Angeſchuldigten ſo wenig an ſeinem Leibe als Leben ſchade, die ordentliche oder geſetzmäßige Strafe auf ein ſolches erdichtetes Bekenntniß füglich gebauet und erkannt werden könne [x]). Andere geben zwar zu, daß dem Angeſchuldigten in geringen Verbrechen die Vernehmlaſſung unter der Verwarnung, ſonſt für bekannt und überwieſen erkläret zu werden, aufgegeben werden könne, ſie wollen aber zugleich nur auf eine willkührliche Strafe erkannt wiſſen [y]). Noch andere wollen zwar in peinlichen Fällen zur Zähmung der Hartnäckigkeit des Angeſchuldigten auf ein vierzehntägiges Gefängniß bey Waſſer und Brodt, und wenn dieſes nichts fruchten ſollte, auf Beſtimmung einer Sächſiſchen Friſt unter Androhung, daß er nach deren Ablauf für bekannt und überführet erkläret; dagegen aber in geringen Verbrechen, ohne vorher verſuchte Zwangsmittel, auf Beſtimmung einer Sächſiſchen Friſt unter Androhung des bemeldeten Nachtheils erkannt, auch bey einem beharrlichen Ungehorſam auf die ſolchergeſtalt verwirkte Strafe das Erkenntniß gerichtet wiſſen [z]).

Es

x) BOEHMER *Ex. ad Pandect. Tom.* 2. *Ex.* 24. §. 3.

y) BARTH *c. l. cap.* 2. §. 5. CARPZOV. *q.* 113. *n.* 59.

z) Hommels deutſcher Flavius *p. m.* 214. u. ſ. f.

Es ſcheinet aber die erſtere Meynung, daß zur Beugung des Ungehorſams und der Halsſtarrigkeit beym Verhör über bezüchtigte geringe Verbrechen die angeführten Zwangsmittel gebrauchet werden können, meinem Bedünken nach um ſo weniger im allgemeinen gegründeten Beyfall zu verdienen, als ſie bey der ohnehin leichten Möglichkeit des Misbrauchs bey ungeübten Richtern ſich nirgends auf eine geſetzliche Beſtätigung gründet, vielmehr der Aehnlichkeit des Rechts völlig zuwider iſt. Denn, da ein jedes durch zugefügte Schmerzen herausgebrachtes Bekenntniß eine Art von Tortur iſt, es mag übrigens durch die gewöhnlichen Peinigungs-Inſtrumente, oder durch andere Mittel, etwa durch Stockſchläge, ſchweres Gefängniß, oder eine anderweitige harte Begegnung hervorgebracht werden [a]), ſo ergiebet ſich daraus von ſelbſt, daß eigentliche Zwangsmittel, um den Angeſchuldigten zu einer gehörigen Vernehmlaſſung zu bringen, ſo bald ſie in Zufügung eigentlicher Schmerzen beſtehen, bey geringen Verbrechen unter keinen Umſtänden für zuläßig geachtet werden können [b]). Noch weniger aber mag ein Gericht ſich dergleichen Zwangsmittel bedienen, wenn nicht ſowohl von der Herausbringung des Ver-

a) Grundſätze des deutſchen peinlichen Rechts §. 722.

b) Art. 8. P. G. O. BOEHMER *ad cit. art.* §. 2. BAVER *de modo torturae ſecundum leges habend. Lipſ.* 1772. Struben im 2ten Theil der rechtl. Bedenken *n.* 143.

Verbrechens und deſſen Hauptumſtände, oder von Beſtrafung des Thäters, als vielmehr lediglich von der Genugthuung des beleidigten Theils und der Schadenserſetzung die Rede iſt, wenn gleich die letztere auf ein begangenes Verbrechen eine Beziehung haben dürfte [c]). Es verſtehet ſich inzwiſchen, daß hier lediglich von einem ſolchen, der ein Verbrechen wahrſcheinlich begangen, oder daran Theil genommen hat, und von der Frage: Ob dieſer durch Zwangsmittel zur gehörigen Vernehmlaſſung angehalten werden könne? die Rede ſey. Denn, diejenigen Ausnahmen, welche die Geſetze und der Gerichtsbrauch hierunter bey halsſtarrigen Zeugen machen, wenn ſie ſolche unter gewiſſen Einſchränkungen zum Zeugnißablegen gezwungen wiſſen wollen [d]), laſſen ſich um ſo weniger auf einen halsſtarrigen Angeſchuldigten anwenden, als es hier an einer geſetzlichen Beſtätigung mangelt. Dagegen hat es, meinem Bedünken nach, keinen Zweifel, daß ein halsſtarrig leugnender Inculpat, der auf offenbaren Lügen und Widerſprüchen ertappet wird, den Namen Gottes vielleicht gröbli-

cher

c) *L.* 9. §. 3. *de quaeſt.* Art. 8. 16. 45 und 46. P. G. O. SCHMIDT *de tortura in cauſ. ciuil. et delict. leuiorib. regulariter exule. Ien.* 1754. LEYSER *Spec.* 630. *n.* 13.

d) *L.* 1. §. 10. *L.* 6. *de quaeſt. L.* 21. §. 2. *de teſt. Nou.* 90. *c.* 1. 2. 3. *X. de teſt c.* 1. 4. 5. *X. de teſt. cogend.* R. A. von 1654. §. 36. HILLIGER *de iur. et mod. teſt. renitent. legitime compellendi. Lipſ.* 1711. TENZEL *de tortura teſtium. Erford.* 1724.

cher Weiſe misbrauchet, oder den ſchuldigen Reſpect gegen das Gericht aus den Augen ſetzet, ſolcher Vergehungen halben, wenn die Unterſuchung gleich nur ein geringes Verbrechen zum Vorwurf hätte, auf oben beſchriebene Weiſe nachdrücklich beſtrafet werden könne. Denn, es iſt hier zum wenigſten eben derſelbe Grund zur Strafe, der in peinlichen Fällen iſt, wenn ein Angeſchuldigter vor Gericht, entweder frech Lügen redet, oder die ſchuldige Achtung gegen ſeine Obern aus den Augen ſetzet. Dagegen ſind Zwangsmittel, um dadurch eine gehörige Vernehmlaſſung zu bewirken, in peinlichen Fällen nur unter den oben vorgekommenen Einſchränkungen zuläßig, geringer Strafſachen wegen, aber ſchlechterdings unerlaubt. Weil inzwiſchen den gemeinen Rechten nach, die Aufgabe einer gehörigen Vernehmlaſſung unter dem Nachtheil, daß in deren Entſtehung das Inſtrument oder die Sache, wovon die Rede, für eingeſtanden gehalten werde, füglich geſchehen kann [e]), ſo glaube ich, daß dasjenige, was hierunter in bürgerlichen Geſchäften zu geſchehen pfleget, auch in Strafſachen zuläßig ſey, und daß daher einen Angeſchuldigten, der wegen bezüchtigter geringer Verbrechen ſich entweder überall nicht, oder wenigſtens nicht gehörig vernehmen laſſen will, letzteres unter der Androhung, ſonſt für bekannt und überwieſen erkläret zu werden, aufgegeben werden könne [f]) Nach Ablauf einer

e) *Arg. c. 7. X. de iurament. Calumn.*
f) Püttmann in der Referir- und Decretirkunſt. Leipzig. 1785. §. 231.

einer dieſerhalb geſetzten Friſt würde ſodann der Angeſchuldigte, wenn er bey ſeiner Halsſtarrigkeit nach einem zu Protocoll geſchehenem Befragen, beharren dürfte, zu der in den Landesgeſetzen beſtimmten Strafe zu verurtheilen, in deren Ermangelung aber die Strafe nach richterlichem Ermeſſen zu beſtimmen ſeyn. Wenn aber ein Angeſchuldigter bey der Vernehmlaſſung ſich ſo wenig halsſtarrig, als ungehorſam bewieſe, und nur lediglich die bezüchtigte That nach ihren Hauptumſtänden ableugnete, ſo verſteht ſich von ſelbſt, daß ihm die Abgabe eines aufrichtigen Bekenntniſſes unter der Anfügung, daß er ſonſt für bekannt und überwieſen gehalten werden ſolle, nicht anzubefehlen ſey. Denn bey dem bloſſen Ableugnen der That und ihrer Umſtände kommt, meinem Bedünken nach, alles auf den Unterſchied an, ob der Angeſchuldigte jener anderweit durch Zeugen, oder durch ſonſtige rechtmäßige Beweismittel überwieſen ſey, oder nicht? In dem erſten Fall hat die Verurtheilung zu der verwirkten Strafe und der Schadenserſetzung keinen Zweifel [g]). In dem andern Fall aber würde der Angeſchuldigte, nach dem Unterſchiede, ob er anderweit ein unerlaubtes Betragen eingeſtünde, oder wenigſtens zu der wider ihn verhängten Unterſuchung eine Veranlaſſung gegeben hätte oder nicht, entweder auſſerordentlich zu beſtrafen, oder von der Inſtanz freyzuſprechen ſeyn, dem beleidigten Theile aber zur Erhaltung ſei-

g) Art. 22. 67. und 69. P. G. O.

ſeiner Schadenserſetzung und Genungthuung frey bleiben müſſen, ſich aller in den Rechten zulåßigen Beweismittel und daher auch der Eydeszuſchiebung zu bedienen [h]). Inhalts dieſer Grundſätze iſt meinem Bedünken nach, die verwickelte Materie von dem Gebrauch der Zwangsmittel wider einen Angeſchuldigten, der ſich entweder bey dem Verhör, oder ſonſt, es ſey in peinlichen Fållen, oder geringen Strafſachen halsſtarrig und ungehorſam beweiſet, aus einander zu ſetzen und darnach ſind die hiebey vorkommende Fragen, ſo viel ich ſehe, der Aehnlichkeit des Rechts und dem Gerichtsbrauch gemåß, am ſicherſten und zuverlåßigſten zu beantworten.

h) DEINLIN *de licita iurisiurandi delat. ſuper facto illicito. Alt.* 1739.

XLVII.

Ob und in wieferne eine bereits von einem andern geſchwächte Perſon von dem neuen Schwängerer den Brautſchatz, oder ſonſtige Genugthuung fodern könne?

Obwohl nach dem Moſaiſchen [a]) und Canoniſchen Rechte [b]), der Schwängerer die von ihm geſchwächte Perſon nothwendig ehelichen mußte, ſo iſt derſelbe doch heutiges Tages nur ſodann die Ehe zu vollziehen, ſchlechterdings gehalten, wenn der Beyſchlaf entweder ausdrücklich unter dem vorgängigen Verſprechen der Ehe geſchehen, oder der Schwängerer ſich vielleicht auſſer Stande befindet, der Geſchwächten anderweit die derſelben gleichwohl gebührende Genugthuung zu leiſten [c]). Auſſer dieſen Einſchränkungen läßt der Gerichtsbrauch, deſſen Anwendung, weil er notoriſch iſt, keines weiteren Beweiſes bedarf, dem Schwängerer ſchlechterdings die Wahl frey, ob er die Geſchwäch-

a) 1 B. Moſ. *XXXIV.* 5. 8. 2 B. Moſ. *XXII.* 16. 5 B. Moſ. *XXII.* 28. 29.

b) *c.* 1. und 2. *X. de adulter.*

c) BERGER *in Oeconom. Iur. L.* 3. *Tit.* 11. §. 4. *n.* 7. BECK *de eo quod iuſtum eſt circa ſtuprum p.* 129.

ſchwächte ehelichen, oder ihr einen verhältnißmäßigen Brautſchatz geben wolle [d]). Weil auch die Gebung des letzteren an die Stelle der ehemaligen alleinigen Verbindlichkeit, die Ehe zu vollziehen, getreten iſt, ſo kann den Schwängerer ſowenig der Umſtand, daß er bereits verehlichet [e]), oder vornehmeren Standes, als die Geſchwächte ſey, davon befreyen [f]), als es darauf im mindeſten ankom-

d) BOEHMER *in Iur. Eccl. Proteſt. Tom.* 5. *Lib.* 5. *Tit.* 16. §. 6.

e) LEYSER *Spec.* 583. *n.* 9. BOEHMER *ad* CARPZOV. *q.* 68. *Obſ.* 8. 9. BOEHMER *in Iur. Eccl. Proteſt. c. l.* §. 12. PVFENDORF *Tom.* I. *Obſ.* 44. ENGAV *P.* I. *Dec.* 326. Andere verneinen inzwiſchen die Frage: Ob ein Ehemann der von ihm geſchwächten Perſon den Brautſchatz zu geben gehalten ſey? BASTINELLER *Diſſ. de dote virgini a marito vitiatae non praeſtanda. Viteb.* 1715. CARPZOV. *q.* 68. *n.* 66. MEV. *ad Ius Lubec. L.* 4. *Tit.* 5. *Art.* I. *n.* 9. Noch andere wollen einen Ehemann bey verübter Schwängerung nur ſodann zur Gebung des Brautſchatzes gehalten wiſſen, wenn die Geſchwächte davon, daß der Schwängerer bereits verehelichet geweſen, bewieſener maßen keine Wiſſenſchaft gehabt hat, und ſie weiſen ſie ab, wenn ihre vorherige Wiſſenſchaft von der Ehe des Schwängerers zu beweiſen ſtehet. RICHTER *Dec.* 88. *n.* 14. BECK *c. l. p.* 136. 138. WERNHER *P.* 4. *Obſ.* 244. *n.* 6. BARDILI *de Satisfact. ſtuprat. c.* 3. *m.* 3. *n.* 35. Schmidt in den öffentlichen Rechtsſprüchen im 2ten Abſchnitt *n.* 38. §. 4. 5.

f) Es kann auch überhaupt keinem gegründeten Zweifel unterworfen ſeyn, daß ein Jude, der eine Chriſtin beſchlafen hat, derſelben ebenfalls den Brautſchatz geben müſſe.

kommen kann, ob die Geſchwächte annoch ledigen Standes, oder eine Witwe ſey [g]). Aus der eben angeführten Urſache behaupten ſogar verſchiedene angeſehene Rechtslehrer [h]), daß einer Geſchwächten auch ſodann eine Genugthuung, oder Abfindung gebühre, wenn ſie gleich vorher von einem andern geſchwächet worden, und auch ſogar von dieſem eine Genugthuung unter dem gewöhnlichen Namen des Brautſchatzes erhalten hätte. Dieſe Meynung wird von ihren Vertheidigern als die billigſte angeprieſen, und ſie wollen, daß bey dem Mangel entgegenſtehender ausdrücklichen Landes-Ordnungen, es dabey lediglich das Bewenden behalten müſſe, wenn gleich die Landesgeſetze, wie es in Sachſen iſt, eine Jungfrau, oder unberüchtigte Witwe bey der Frage: Ob eine Abfindung ſtatt finde? vorausſetzen mögten [i]). Denn unter dem Namen einer Jungfrau würde der Regel nach eine jede Frauensperſon, die weder Ehefrau noch Witwe, und dabey keine öffentliche Hure ſey, verſtanden [k]).

Allein, ſo wenig gleich eine Perſon, die ſonſt einen untadelhaften Wandel führet, oder wie man zu reden pfleget, unberüchtiget iſt, dadurch, daß ſie ſich zu einem, oder mehreren malen hat ſchwän-

 gern

g) BOEHMER *in Iur. Eccl. Proteſt.* c. l §. 8. BERGER *in Oeconom. Iur. L.* 3. *Tit.* 11. *Th.* 4. *n.* 12.

h) WERNHER *T.* 2. *P.* 2. *Obſ.* 135. BERGER *c. l.* HOMMEL *Rhapſod. Obſ.* 19.

i) *Conſt.* 27. *P.* 4.

k) HOMMEL *c. l.*

gern laſſen, im Fall ſie ſich anders nicht mit einem jeden gemein macht, eine Hure wird [l]), ſo ſtehet doch dieſer Grundſatz nicht entgegen, wenn man einer Geſchwächten, die ſich zum andern, oder gar zum dritten male hat ſchwängern laſſen, und eine Genugthuung von dem Schwängerer aufs neue begehret, ſolche wenigſtens der Regel nach abſpricht. Es ſcheinet zwar hiewider eingewandt werden zu können, daß die dem Schwängerer heutiges Tages freygelaſſene Abfindung oder die Gebung des Brautſchatzes die Stelle der Ehe vertrete, zu welcher nach dem Moſaiſchen Rechte derſelbe ſchlechterdings gehalten war, und daß ſolchergeſtalt bey einer ſchon anderweit geſchwächten Perſon eben derſelbe Grund zutreffe, als der bey einer ſonſt noch unbefleckt geweſenen vorhanden iſt. Allein, wenn man dagegen in Erwägung ziehet, daß eines theils die angeführten Stellen des Moſaiſchen Rechts die eigentlich im Streit befangene Frage nicht beantworten, andern theils aber die dem Schwängerer nach dieſem Rechte aufgelegte Verbindlichkeit, die Geſchwächte zu ehelichen, darin geſetzet wird, weil er dieſelbe geſchwächet hat [m]), ſo ſcheinen die Vorſchriften des Moſaiſchen Rechts der von mir angenommenen Meynung nicht zu widerſpre-

l) Meine Grundſätze des deutſchen peinlichen Rechts. §. 473.

m) 5 B. Moſ. *XXII.* 29. „So ſoll, der ſie beſchlafen hat, ihrem Vater funfzig ſekel ſilbers geben, „und ſoll ſie zum weibe haben, darum, daß er ſie „geſchwächet hat.“

ſprechen. Denn, der merklich hinzugefügte Grund, warum ein Schwängerer zur Vollziehung der Ehe gehalten ward, nämlich, weil er die Perſon, mit der er unzüchtig gelebet, geſchwächet habe, kann bey derjenigen nicht ſtatt finden, die ſchon anderweit auſſer der Ehe Unzucht gepflogen hat. Dieſe iſt ja ſchon geſchwächt und kann daher wegen ihrer bereits durch den erſten Beyſchlaf verlohren gegangenen jungfräulichen Ehre von dem zweyten Schwängerer keine Erſetzung begehren. Es mag auch hingegen nicht in Betracht kommen, daß gleichwohl, angezogener maßen, eine Witwe von ihrem Schwängerer bey dem Mangel der Ehe, eine Abfindung unter dem Namen des Brautſchatzes verlangen könne. Denn ein jeder wird leicht und ohne mein Erinnern gewahr, daß von einer ſonſt unberüchtigten Witwe wegen ihrer ehemaligen Verheirathung in eigentlicher Bedeutung nicht füglich geſaget werden könne, daß ſie bereits geſchwächet worden.

Auſſer den bisher angeführten Gründen, warum ſonſt einer Geſchwächten, die der Schwängerer entweder nicht ehelichen kann, oder will, eine Abfindung unter dem Nahmen des Brautſchatzes zugeſprochen wird, iſt noch beſonders in Erwägung zu ziehen, daß jene heutiges Tages eigentlich die Stelle der Schadenserſetzung vertrete, weil nämlich durch die vorgegangene Schändung der Geſchwächten die Gelegenheit benommen worden, ſich anderweit nach ihrem Stande und Umſtänden ver-

 ehe-

ehelichen zu können [n]). Dieſer Grund findet bey einer Perſon, die bereits anderweit geſchändet worden, nicht ſtatt. Denn dieſe hatte bereits ihre jungfräuliche Ehre verlohren, und ein aufs neue mit einem andern vollzogener Beyſchlaf fügte derſelben in Abſicht ihrer Glücksumſtände eigentlich keinen weitern Schaden zu, zumal die Gelegenheit, ſich anderweit anſtändig verheirathen zu können, ihr bereits durch den erſten Beyſchlaf entzogen worden, und hier daher der Grundſatz des Römiſchen Rechts [o]), nach welchem eine bereits verlohrne Keuſchheit nicht wieder zu erſetzen ſtehet, eine völlige Anwendung findet [p]). Hiezu kommt, daß von dem etwa angenommenen Satze, daß eine Perſon, die ſich zu mehreren malen hat ſchwängern laſſen, gleichwohl von dem zwoten und dritten Schwängerer eine Abfindung unter dem Namen des Brautſchatzes zu verlangen befugt ſey, ſehr vie-

n) LEYSER *Spec.* 583. *n.* 11. Struben in dem 3ten Theil der rechtl. Bedenken *n.* 125. und 147.

o) *L. vn. C. de Rapt. virg.* v. maxime cum virginitas vel caſtitas corrupta reſtitui non poſſit.

p) BOEHMER *in Iur. Eccl. Proteſt. T.* 5. *L.* 5. *Tit.* 16. §. 11. v. Quae ſecunda vel tertia vice ſtupro ſeſe vitiandam praebuit, nullo nec favore digna, nec laeſionem aliquam, aut iacturam exiſtimationis bonae, quam poſt primum ſtuprum iam amiſerat, incurrit, qua de cauſa ordinationes prouinciales deſiderant eine unberüchtigte Jungfrau, oder Witwe, vt recte CARPZOV. *quaeſt.* 68. *n.* 76. docet.

viele üble Folgen zu beſorgen ſind. Denn ſodann müßte die Treibung der Unzucht zum Nachtheil der guten Sitten noch allgemeiner werden, weil ſie unter ſolchen Umſtanden gewiſſer maßen eine Art von Erwerbsmittel werden könnte, und folglich den ſchon vorhandenen natürlichen Trieb noch ſtärker anfachen müßte. Bey dieſen Gründen finde ich es ganz unbedenklich, denjenigen Rechtslehrern [q]), welche einer bereits geſchwächten Perſon bey einer wiederholten Unzucht das Recht zur Begehrung des Brautſchatzes von dem zweyten Schwängerer abſprechen, mich beyzugeſellen [r]).

 Al-

q) BOEHMER *in Iur. Eccl. Prot. c. l.* S. E. BOEHMER *in Obſeruat. ad* CARPZOVII *Pr. Rer. Criminal. q.* 68. *Obſ.* 9. VOET. *ad Pandect. Tit. ad L. Iul. de adulter. coercend.* §. 4. LEYSER *c. l. n.* 24. Struben a. O. *n.* 147. BERLICH *P.* 5. *concl.* 38.

r) Dieſe Meynung findet auch in beſonderen Statuten ihre Beſtätigung. Denn ſo ordnet das Hamburgiſche Stadt-Recht im 4ten Theil Art. 28. „Würde aber, die ſo einmahl geſchwängert, zum andern mal ſich verſehen: So ſoll derſelbe, der ſie „alsdann geſchwängert, das Kind zu alimentiren, „auch ihr in den Sechswochen die Notturft zu ſchaffen, aber ſonſt zu keinen andern Ausgaben dieſer „geſchwängerten Perſon halben, weiter verbunden „ſeyn. Da denn dieſelbe Weibsperſon ſich zum dritten mal in den Dreck legen, und geſchwängert würde: So ſoll der Beyſchläffer der Geſchwängerten „nichts, ſondern alleine dem Kinde die alimenta zu „reichen ſchuldig ſeyn, jedoch dem Rechten, in allen

Allein, ſo ſehr viele Gründe auch für meinen Satz vorhanden ſind, ſo hat es gleichwohl keinen Zweifel, daß er in der Anwendung verſchiedene Einſchränkungen zulaſſe. Zu den letzteren rechne ich zuvörderſt, daß ohngeachtet eine Geſchwächte von dem zweyten oder dritten Schwängerer keine beſondere Genugthuung unter dem Titel des Brautſchatzes weiter fodern kann, ſie gleichwohl in alle Wege befugt ſey, die Koſten des Unterhalts und der Verpflegung ihres Kindes von dem Vater deſſelben zu begehren [s]) Denn, die unzüchtige Aufführung macht eine Geſchwächte lediglich für ihre Perſon unfähig, eine beſondere Genugthuung verlangen zu können, ſie kann aber dem unſchuldigen Kinde niemal zum Nachtheil gereichen. Nach eingeſtandenem Beyſchlaf iſt daher die Verbindlichkeit, das erzeugte Kind zu ernähren, ſchlechterdings vorhanden, ſo lange der angebliche Schwängerer, der die gepflogene Unzucht eingeſtehet, davon, daß das Kind von einem andern und nicht von ihm erzeuget worden, nicht vollſtändige Beweisthümer beyzubringen im Stande iſt [t]). In Ermangelung derſelben pfleget der Gerichtsbrauch den Schwängerer mit der Angabe, daß die Ge-

„len Fellen die Straffe vorbehalten, und ſoll auf „den Fall die Geſchwängerte in dieſer Stadt nicht „ferner gelitten werden.“

s) BOEHMER *in Iur. Eccl. Proteſt. c. l.* §. 14. Carrach in den rechtl. Urtheilen und Gutachten in peinl. Sachen *n.* 82. 85.

t) Grundſätze des deutſchen peinl. Rechts §. 482.

Geſchwächte zur Zeit der Empfängniß wahrſcheinlich auch mit andern Unzucht getrieben habe, wenn er dadurch ſich der Verbindlichkeit, die Verpflegungskoſten zu bezahlen, zu entziehen ſuchet, gewöhnlicher maßen abzuweiſen u).

Zu den Ausnahmen, oder zu den Fällen, da der zwote Schwängerer auſſer der Verpflegung des Kindes, auch der von ihm geſchwächten Perſon zur Abfindung gehalten iſt, rechne ich beſonders, wenn die Geſchwächte von demjenigen, mit welchem ſie zuerſt Unzucht gepflogen, oder von dem ſie ſich zuerſt ſchwängern laſſen, keinen Brautſchatz erhalten hat, und die Urſache davon nicht ſowohl in ihrem eigenen Benehmen, als vielmehr in jenes vermögensloſen Umſtänden, oder in andern ihr überall nicht beyzumeſſenden Urſachen anzutreffen iſt. Denn, da die Geſetze und ein unbeſtrittener Gerichtsbrauch einer Geſchwächten vom ledigen Stande und unberüchtigten Wandel eine Genugthuung unter dem Namen des Brautſchatzes zubilligen, auch dieſes fürnehmlich um deswillen geſchiehet, weil jener die Gelegenheit, um ſich anſtändig verheirathen zu können, durch den geſchehenen Beyſchlaf benommen worden, ſo würde es unbillig ſeyn, daß eine Geſchwächte deshalb, weil ſie unverſchuldeter Weiſe von dem erſten Schänder ihrer Ehre hülflos gelaſſen worden, nun nicht weiter befugt ſeyn ſollte, von dem zwoten Verführer eine Abfindung zu begehren. Führete aber ge-

u) *L. 5. §. de agnoſcend. vel alend. lib.* LYNCKER *Dec.* 1425. HOMMEL *Obſ.* 569.

gegentheils die Geſchwächte einen berüchtigten Wandel, oder hätte ſie ſich ihrer Genugthuung wider den erſten, oder letzten Schwängerer ausdrücklich, oder durch ihre Handlungen, mithin ſtillſchweigend begeben [x]), oder wäre ſonſt ein, oder anderer Grund, warum eine Geſchwächte, entweder bey der erſten, oder zwoten Schwängerung nach den allgemeinen Grundſätzen keine Abfindung, oder keinen Brautſchatz begehren kann [y]), vorhanden, oder wäre endlich nicht ſowohl von der zwoten, als vielmehr von der dritten, oder vierten Schwängerung die Rede; ſo kann auch eine Geſchwächte, ohngeachtet ſie wegen des erſteren Beyſchlafs nicht abgefunden worden, an ihren Liebhabern, mit denen ſie nachhin in Unzucht gelebet hat, ihrer beſonderen Genugthuung halben, weiter keine Anſprache machen [z]).

Eine

x) Eine ſolche ſtillſchweigende Begebung der Genugthuung iſt daher abzunehmen, wenn die Geſchwächte, ehe und bevor ſich der Schwängerer wegen der Art der zu leiſtenden Genugthuung erklären konnte, ſich aufs neue hätte ſchwängern laſſen, oder auch nach verübtem Beyſchlaf mit einem andern ſich verheirathete. BERGER *in Oeconom. Iur. Lib.* 3. *Tit.* 11. *Th.* 4. *n.* 7.

y) Meine Grundſätze des peinl. Rechts §. 480.

z) Wenn gleich eine Perſon durch eine zum dritten oder vierten mal gepflogene Unzucht noch nicht ſofort in die Claſſe gemeiner Huren zu ſetzen iſt, ſo läßt ſich doch unter ſolchen Umſtänden kein Verluſt der jungfräulichen Ehre, die Erſetzung erfodert, weiter gedenken, und iſt daher eine Perſon, die ſich zum dritten, vierten, oder mehrerem male hat ſchwängern

Eine geſchwächte Perſon kann jedoch weiter, meinem Bedünken nach, von demjenigen, mit dem ſie zum zwoten mal Unzucht gepflogen hat, auſſer der Verpflegung ihres Kindes, Abfindung und Genugthung begehren, wenn jene wider ihren Willen, oder mit Gewalt erzwungen worden, und daher dieſelbe für eine eigentliche Nothzucht anzuſehen iſt. Unter ſolchen Umſtänden iſt der Geſchwächten die Abfindung ſchlechterdings zuzuſprechen, und mag es nicht darauf ankommen, ob ſie von dem erſten Schwängerer einen Brautſchatz erhalten habe, oder nicht? ob ſie durch die Nothzucht geſchwängert worden ſey, oder nicht? Denn, eines theils wird durch eine Nothzucht die jungfräuliche Ehre weit härter, als durch einen bloßen unehelichen Beyſchlaf verletzet und daher auch natürlicher Weiſe eine gröſſere Erſetzung des Verluſtes erfodert; andern theils wird durch eine Nothzucht die Gelegenheit, ſich anſtändig zu verheirathen, weshalb angeführtermaßen, einer Geſchwächten die Abfindung überhaupt zugeſprochen zu werden pfleget, weit ſchwerer gemacht. Es ziehet daher die Nothzucht an und für ſich einer Geſchwächten einen gröſſeren Schaden, als der freywillige Beyſchlaf zu, und es iſt ſolchergeſtalt auch billig, daß deshalb auf eine beſondere Vergütung erkannt werde. Da inzwiſchen die Beſtimmung der Größe des einer Geſchwächten gebührenden Brautſchatzes lediglich von dem richter-

lichen

gern laſſen, mit ihrem Verlangen auf Abfindung der Regel nach abzuweiſen.

lichen Ermeſſen abhänget [a]), ſo iſt auch nach dem letzteren die Größe der einer Nothzüchtigten gebührenden Abfindung am meiſten zu beſtimmen.

Dieſe angeführten Fälle ſind, meinem Bedünken nach, lediglich diejenigen, die gewiſſermaßen als Ausnahmen von dem Grundſatze, daß eine Perſon, die ſich zum zwoten, dritten, oder zu mehreren malen hat ſchwängern laſſen, keine eigentliche Abfindung, oder Genugthuung für ihre Perſon zu begehren befugt ſey, gelten können. Denn, auſſer denſelben hat es im allgemeinen bey dem Satze lediglich das Bewenden. Würde daher eine geſchwächte Perſon mit demjenigen, von dem ſie ehemal geſchändet worden, aufs neue Unzucht treiben, ſo mag dieſelbe zwar unter allen Umſtänden auf die Erhaltung und Verpflegung ihres Kindes gegen den Schwängerer rechtliche Anträge machen, keinesweges aber anderweitige Abfindung, oder Genugthuung von dem letzteren begehren, es wäre dann, daß ſie wegen des erſten Bey-

a) So wie bey Unzuchten überhaupt die Größe der einer Geſchwächten gebührenden Genugthuung nach dem principio, de praeſtando eo, quod intereſt, oder der reparatione laeſionis zu beſtimmen iſt, ſ. BOEHMER *in Iur. Eccl. Proteſt. Lib.* 5. *Tit.* 16. §. 10., ſo iſt hiernach auch vorzüglich die Größe der einer Genothzüchtigten gebührenden Abfindung feſtzuſetzen. Inzwiſchen ſind dabey diejenigen Umſtände, worauf man bey der Beſtimmung des Brautſchatzes geſchwächter Perſonen überhaupt zu ſehen pfleget, ſ. Grundſätze des peinl. Rechts. §. 481. in viele Erwägung zu ziehen.

Beyſchlafs noch keine Genungthuung, oder Abfindung erhalten hätte, oder auch die letztere Unzucht mit einer eigentlichen Nothzucht verbunden geweſen wäre, da denn freylich das Gegentheil ſtatt findet, und auf jene allerdings annoch zu erkennen iſt. Dagegen aber würde eine Ehefrau, die von ihrem Ehemann geſchieden worden, und nach erfolgter Eheſcheidung ſich mit demſelben fleiſchlich vermiſchte, meinem Bedünken nach nur ſodann auf eine gebührende Abfindung zu klagen befugt ſeyn, wenn jene nicht ſowohl wegen Ehebruch, als aus andern Urſachen erkannt ſeyn ſollte. Denn, eine Ehefrau, die eines vollbrachten, oder wenigſtens eines verſuchten Ehebruchs überwieſen iſt, oder denſelben eingeſtanden hat, kann auf jungfräuliche Ehre weiter keine Anſprache machen, und folglich bey einer demnächſt erfolgten Schwängerung, ſie mag nun von ihrem geſchiedenen Ehemann, oder einem andern herrühren, keine Erſetzung, oder Genugthuung verlangen.

XLVIII.

Von der Nothwendigkeit eines bey der Todtenbeſchau zu führenden gerichtlichen Protocolls.

Eine ganz beſtimmte Beantwortung der Frage: Ob bey der Todtenbeſchau, oder anzuſtellenden Beſichtigung eines getödteten Körpers ſchlechterdings die Gegenwart des Gerichts, und ein unter Aufſicht deſſelben dabey abzuhaltendes Protocoll erfodert werde [a])? ſcheinet dem erſten Anſehen

a) Es iſt dieſe Frage zwar bereits von verſchiedenen Rechtslehrern, als vom CONRADI *in Diſſert. de inſpect. cadau. occiſi a ſolis medicis peracta vitioſa, nec ſufficienti ad poenam ordinariam irrogandam. Helmſt.* 1737., vom SIBRAND *in Diſſ. de neceſſar. vuln. inſpect. in crimine homicidii commiſſo. Roſtoch.* 1725. *membr.* 1. *def.* 1. *p.* 5—7., vom Herrn Prof. Becker in den Gedanken von der Nothwendigkeit eines in Todtſchlägen und dergleichen peinlichen Verbrechen gerichtlich zu führenden Sections-Protocolls, ſ. die Mecklenburg-Schwerinſchen Intelligenz-Nachrichten aufs Jahr 1762. im 29. 30. und 31ſten Stück und mehreren andern berühret worden. Ich halte es inzwiſchen nicht für überflüßig, die bemeldete Frage mit Rückſicht auf die gegenſeitigen Gründe in genauere Erwägung zu ziehen, da ſie eines theils von allen Rechtslehrern keinesweges übereinſtimmend beantwortet zu werden pfleget,

hen nach um ſo ſchwieriger zu ſeyn, als das Geſetz, das hierunter am allermeiſten zur Entſcheidung dienet, die Beſichtigung eines getödteten Menſchen lediglich auf einen zweifelhaften Fall einſchränket, oder doch eigentlich nur ſodann erfodert, wann entweder wegen der unmittelſt verfloſſenen Zeit, oder wegen der Beſchaffenheit der Wunden und Verletzungen gegründete Bedenklichkeiten obwalten, ob die Verwundung den Tod des Entleibten unmittelbar und ſchlechterdings verurſachet, oder nur zufällig befördert habe [b]). Es bleiben

pfleget, vielmehr Rechtsgelehrte von vielem Anſehen vorhanden ſind, die ſie der Regel nach ohne Bedenken verneinen, andern theils aber die Wichtigkeit der Materie eine vollſtändige Abhandlung wohl verdienet.

b) Art. 147. P. G. O. „Item ſo eyner geſchlagen „wirt, und über etlich Zeit darnach ſtürb, alſo „das zweifelich wer, ob er der geklagten „ſtreych halben geſtorben wer oder nit, in ſol„chen Fällen mögen beyde Theyl Kundſchaft zur „ſach dienſtlich ſtellen, und ſollen doch ſonderlich die „Wundärzt der ſach verſtendigen und andere Perſo„nen, die da wiſſen, wie ſich der geſtorben nach dem „ſchlagen und Rumor gehalten hab, zu Zeugen ge„braucht werden, mit Anzeygung wie lang der ge„ſtorben nach den ſtreychen gelebt hab, und in ſol„chen Urtheylen, die Urtheyler bey den Rechtver„ſtendigen, und an enden und ortten, wie zu endt „diſer Ordnung angezeygt, Raths pflegen.“ Art. 149. P. G. O. „Und damit dann im obgemelten „Fällen geburlich ermeſſung und erkantnus ſolcher „underſchendlichen Verwundung halb, nach der Be„gräbnus des entleibten deſter minder mangel ſei, ſoll „der

bleiben daher in Abſicht der Nothwendigkeit einer anzuſtellenden Beſichtigung einige Rechtslehrer blos bey den Worten des Geſetzes, und ſchränken ſie lediglich auf zweifelhafte Fälle ein [c]). Andere aber dehnen mit beſſerem Grunde die Todtenbeſchau weiter aus, als es nach dem B chſtab n des Geſ tzes eigentlich geſchehen ſollte, und erfodern daher die Beſichtigung allemal ohne Unterſcheid, ob die Abſicht des Thäters unmittelbar, oder mittelbar auf die Entleibung gerichtet geweſen? Ob eine lange, oder kurze Zeit zwiſchen der Verwundung und dem Tode verfloſſen [d])? Ob der Thäter wahrſcheinlich ſchuldig, oder unſchuldig ſey [e])? Es ſtimmet auch h ernit der Gerichtsgebrauch

„der Richter ſampt zweyen Schöffen, dem gerichts„ſchreiber und eynem oder mehr Wundärzten (ſo „man die gehaben und ſolchs geſchehen kann) die „dann zuvor dazu beeydigt werden ſollen, denſelben „todten Cörper vor der Begräbnus mit Fleiß beſich„tigen, und alle ſeine empfangene Wunden, ſchläg, „und würff, wie der jeder funden und ermeſſen wür„de, mit Fleiß merken und verzeychnen laſſen."

c) BRVNNEM. *in Proceſſ. Inquiſitor. c.* 6. *Th.* 7. PLAZ *an in homicid. ſect. et inſpectio cadau. neceſſaria ſit? Lipſ.* 1727. STRYCK *de Iur. ſenſ. D.* 1. *c.* 3. *n.* 33. LEYSER *Spec.* 598. *n.* 7.

d) KLEIN und EISENHART *in Diſſert. de diebus criticis.* TORKOS *Diſſ. med. de renuntiatione lethalitat. vulnerum ad certum tempus haud adſtringenda. Guet.* 1756.

e) SIBRAND *de neceſſaria vulnerum inſpect. in crimine homicidii. Roſtoch.* 1725. FERD. AVG. HOMMEL *in Diſſ. de lethalitate vulnerum et inſpectione*

brauch faſt durchgehends überein [f]). Indeſſen ſcheinet es dennoch, daß von der zugegebenen Nothwendigkeit der anzuſtellenden Beſichtigung eines getödteten Körpers überhaupt, noch nicht nothwendig auf die Gegenwart des Gerichts und die Abhaltung eines gerichtlichen Protocolls ein Schluß gemacht werden könne; daß folglich der nach geſchehener Beſichtigung von dem Arzt und Wundarzt, unter Anführung aller Umſtände und Bemerkung der wahrſcheinlichen Urſache des Todes, aufgeſetzte und demnächſt übergebene Wundzettel (viſum repertum) völlig genügen müſſe [g]). Dem erſten Anſehen nach hat dieſe Meynung unſtreitig vieles für ſich. Denn, da das Gericht doch die ganze Beſichtigung und das Verfahren dabey, lediglich dem Ermeſſen des Arztes und Wundarztes, als den Kunſt- und Sachverſtändigen überlaſſen, und ihrem Zeugniſſe über die Beſchaffenheit der Verletzung und der wahrſcheinlichen Urſache des Todes allein trauen muß; ſo ſcheinet freylich die Anweſenheit des Gerichts bey der Beſichtigung und das dabey abzuhaltende Protocoll

ſpectione cadaueris poſt occiſum hominem. Lipſ. 1749. I. S. F. BOEHMER *de legitima cadaueris occiſi ſectione. Hal.* 1747.

f) BOEHMER *ad art.* 147. *CC.* §. 2. und 3. KOCH *in Inſt. Iur. Crimin.* §. 722. PÜTTMANN *in Element. Iur. Crimin. Lipſ.* 1779. §. 776.

g) GRASS. *in Coll. Iur. Roman. cum Receſſ. Imp.*, *p.* 927. BERGER *in Elect. Crimin. p.* 94. *ſqq.* BEYER *ad art.* 149. *CC. n.* 16.

tocoll um ſo mehr völlig überflüßig zu ſeyn, als eines theils die Frage: Ob die Beſichtigung nach den Regeln der Kunſt angeſtellet worden ſey, oder nicht? ſich aus dem nachhin zu den Acten gelieferten Wundzettel leicht ergeben muß, und andern theils die Beantwortung der Frage: Ob die Beſichtigung nach den Grundſätzen der Zergliederungs-Wiſſenſchaft und der Wundarzneykunſt angeſtellet worden ſey? lediglich von dem Gutachten der Kunſtverſtändigen, keinesweges aber von der Beurtheilung des Gerichts, abhänget. Weil auch der bey der Beſichtigung zugezogen geweſene Arzt und Wundarzt als Zeugen anzuſehen ſind, und den Geſetzen nach einem jeden in Sachen, die ſeine Kunſt angehen, ein völliger Glaube zu geben iſt [h]); ſo hat es auch in dieſer Hinſicht allem Anſehen nach keinen Zeifel, daß ein von jenen nach der Beſichtigung übergebener Wundzettel, zumal, wenn deſſen Richtigkeit, ſich entweder auf einer vorgängigen Beeydung [i]), oder wenigſtens auf dem

h) *L. 6. C. de re milit. L. 12. de Stat. hom. L. 1. pr. D. de inſpiciend. ventr.*

i) Nach dem Gerichtsgebrauch verdienet auch ein nach bereits geſchehener Beſichtigung eydlich beſtätigtes Zeugniß, allen rechtlichen Glauben. HARPRECHT *Dec.* 87. *n.* 104. *Dec.* 142. *n.* 10. BERGER *in Elect. Crimin. P.* 1. *Obſ.* 105. Carrach in den rechtlichen Urtheilen und Gutachten in peinlichen Sachen *n.* 26. Die gegenſeitige Meynung vertheidiget HOMMEL *in Rhapſod. quaeſt. Obſ.* 98.

dem bereits geleiſteten Amtseyde gründet [k]), eine völlige Beweiskraft hervorbringe, und der Todtſchläger daher, wenn er anders ſonſt keine genugſame Entſchuldigungs-Gründe für ſich hat, mit Verwerfung ſeines Einwurfs, daß bey der Todtenbeſchau entweder das peinliche Gericht nicht zugegen geweſen, oder darüber kein förmliches Protocoll abgehalten worden ſey, zu der verwirkten Todesſtrafe verurtheilet werden müſſe [l]). Ueberdieß ſcheinet eine andere Stelle der peinlichen Gerichts-Ordnung dieſe Sätze gewiſſermaßen zu beſtätigen

k) Ordentlich angeſtellte Kreisärzte und Wundärzte, oder ſogenannte Phyſici, die bey der Uebernahme ihrer Aemter bereits in Eyd und Pflicht genommen worden, pfleget man auf eine jede anzuſtellende Beſichtigung nicht aufs neue förmlich zu vereyden, ſ. CRAMER *Tom.* 4. *Obſ.* 1036. Eben ſo wenig pfleget man Doctores der Arzneygelahrtheit wegen ihres bey ihrer Promotion bereits geleiſteten Eydes bey einer jeden Beſichtigung aufs neue zu vereyden, ſ. Meiſter in dem erſten Theil der rechtl. Erkenntniſſe *Reſp.* 3. *n.* 29., obwohl andere Rechtslehrer dawider nicht ungegründete Bedenklichkeiten machen, ſ. BOEHMER *ad* CARPZOV. *q.* 26. *Obſ.* 3., zumal, wenn der Promotions-Eyd ſich auf die anzuvertrauende Beſichtigungen nicht beſonders erſtrecken mögte. KRESS *ad art.* 149. *CC.* Ueberhaupt aber und unter allen Umſtänden iſt es zweifelhaft, ob ein etwa geleiſteter Amtseyd genüge, wenn die Beſichtigung auſſer Landes geſchiehet, ſ. Carrach a. O. *n.* 26.

l) BEYER *ad art.* 149. *CC.* BERGER *Elect. Crimin.* *p.* 94. BOEHMER *de legitima cadav. occiſi ſectione* §. 98.

ſtätigen [m]), als welche die Gegenwart des Gerichts, und ein unter deſſen Aufſicht abzuhaltendes Protocoll ſodann nicht erfodert, wenn eine Frauensperſon, die wegen einer heimlichen Geburt verdächtig iſt, beſichtiget werden ſoll, ſondern die Beaugenſcheinigung den zugezogenen Hebammen überläſſet, und ihrem Ausſpruch einen völligen Glauben beymiſſet.

Allein, dieſem allen ohngeachtet verdienet unſtreitig diejenige Meynung den Vorzug, nach welcher der nach angeſtellter Todtenbeſchau von dem Arzt und Wundarzt zu den Acten übergebene Wundzettel, der Regel nach, nur ſodann Glauben verdienet, wenn die darin voraus, oder zum Grunde geſetzten Thatſachen in dem bey der Beſichtigung abgehaltenen gerichtlichen Protocoll, und dem darin befindlichen Wundberichte ihre Beſtä-

m) Art. 35. P. G. „Item ſo mann eyn Dirn, ſo „für eyn Jungfraw geht, imm Argwon hat, das „ſie heymlich eyn Kindt gehabt, und ertödtet hab, „ſoll man ſonderlich erkünden, ob ſie mit eynem „großen ungewönlichen Leib geſehen worden ſei: „Mehr, ob ihr der Leib kleiner worden, und dar„nach bleych und ſchwach geweßt ſei. So ſolchs „und dergleichen erfunden wirdt, wo dann dieſelbig „Dirn eyn Perſon iſt, darzu man ſich der verdach„ten That verſehen mag, ſoll die durch verſtendige „Frawen an heymlichen ſtetten (als zu weitter erfa„rung dienſtlich iſt) beſichtigt werden, würde ſie „dann daſelbſt auch argwönig erfunden, und will „der That dannocht nit bekennen, mag man ſie „peinlich fragen.“

Beſtätigung finden [n]). Denn, auſſer dem letzteren bleibet der Wundzettel, oder das ſogenannte Viſum Repertum ein bloßes Referens, das ſich auf das Beſichtigungs-Protocoll, als ſein Relatum, beziehet, folglich ohne letzteres überall keine Beweiskraft hat, oder hervorbringen kann [o]). Gegentheils aber kann der bloße Mangel des Wundzettels, oder des Viſi Reperti, wenn anders das Beſichtigungs-Protocoll vollſtändig abgefaßt worden, unter keinen Umſtänden eine Nichtigkeit des Proceſſes bewirken. Denn das Beſichtigungs-Protocoll vertritt ſodann den Mangel des Wundzettels, und es hat nicht den mindeſten Zweifel, daß ein ſofort bey der Beſichtigung dem Gerichtsſchreiber in Gegenwart des Gerichts von dem Arzt und Wundarzt in die Feder dictirtes mediciniſches Befinden und Gutachten völlig genüge, wenn es anders auſſer der Anführung aller Umſtände, die zur Berichtigung der That gehören, die Angabe der wahrſcheinlichen Urſache des erfolgten Todes enthält [p]). Dieſe Sätze ſind um

 ſo

n) CONRADI *de inſpect. cadau. a ſolis medicis peracta vitioſa, nec ad poenam ordinariam irrogandam ſufficiente. Helmſt.* 1737. STRECKER *in Diſſert. de fide et legalitat. medici in inueſtiganda vulnerum lethalitate. Erford.* 1734. §. 8. HOMMEL *in Diſſ. de lethalitat. vulnerum et inſpect. cadau. poſt occiſum hominem. Lipſ.* 1749. §. 21. 22. SIBRAND *in cit. Diſſert. membr.* 1. *def.* 1. *p.* 5 — 7. und mehrere andere.

o) Becker a. O.

p) Meiſter in dem erſten Theil der rechtl. Erkenntn. *Dec.* 32. *n.* 18. 19.

ſo weniger zu bezweifeln, als die Geſetze und beſonders die peinliche Gerichts=Ordnung q) auſſer dem auf guten Gründen beruhenden Wundberichte, kein Viſum Repertum, oder keinen beſonderen Wundzettel erfodern r). Der zu Protocoll befindliche Wundbericht bleibet daher billig die Hauptſache, und er iſt ſolchergeſtalt zur Gewißheit des Verbrechens, oder zur Richtigſtellung der That um ſo mehr nothwendig, als darnach der nachhin gelieferte Wundzettel und die darin befindliche Angabe der wahrſcheinlichen Urſache des Todes, die meiſtentheils auf den im Wundberichte enthaltenen Thatſachen beruhet, nur allein gehörig zu prüfen und das nachherige Bekenntniß des Angeſchuldigten in Abſicht ſeiner Richtigkeit, oder Unrichtigkeit zu beurtheilen iſt. Denn, ein nachher geliefertes mediciniſches Zeugniß von der wahrſcheinlichen Urſache des Todes, oder das ſogenannte Viſum Repertum, in ſoferne es ſich nicht in Abſicht der eigentlichen Beſchaffenheit der zugefügten Schläge, oder Wunden, oder überhaupt der phyſicaliſchen, oder in die Augen fallenden Umſtände der That, auf das bey der Beſichtigung abgehaltene Protocoll und den darin befindlichen Wundbericht gründet, bleibet lediglich ein Privatzeugniß, wider das daher die Beweiſe vom Gegentheil und ſogar Vermuthungen, wenn ſie anders auf ſcheinbaren Gründen beruhen, in ſehr viele

q) Art. 149. P. G. O.

r) Meine Grundſätze des deutſchen peinlichen Rechts neueſte Ausgabe von 1783. §. 605.

viele Erwägung kommen. Dahingegegen bewirket das bey der Beſichtigung abgehaltene Protocoll, ſo viel die Lage und Beſchaffenheit des getödteten Körpers nach geſchehener Verwundung, die Art und Beſchaffenheit der demſelben zugefügten Verletzung und andere blos phyſicaliſche Umſtände der That anlanget, einen vollſtändigen Beweis, der daher bloße Vermuthungen vom Gegentheil, wenn ſie auch noch ſo ſcheinbar seyn mögten, allemal ausſchlieſſet, oder vielmehr gänzlich unwirkſam macht [s]). Eben hieraus iſt es zu erklären, warum die von dem Arzt und Wundarzt angegebene Urſache des Todes ſodann billig für richtig, oder ausgemacht anzunehmen iſt, wenn ſie auf den im Beſichtigungs-Protocoll befindlichen Umſtänden der That beruhet. In Ermangelung eines zu Protocoll gegebenen Wundberichts, läßt ſich bey einer Verſchiedenheit der Meynung des Arztes und Wundarztes wegen der wahrſcheinlichen Urſache des Todes, beſonders wenn es dabey, wie es meiſtentheils zu geſchehen pfleget, auf Tharſachen ankommt, nicht füglich mit Zuverläſſigkeit beurtheilen, auf weſſen Seite die Wahrheit ſich befindet, folglich bleibet das Corpus Delicti, oder die Frage: Ob ein eigentlicher Todtſchlag begangen ſey, oder nicht? und unter welchen Umſtänden er verübet worden? zweifelhaft und gänzlich unentſchieden. Wenn auch alle bisher beſchriebene Folgen aus dem Mangel des

 Wund-

s) *C.* 2. und 15. X. *de fide inſtrument. c.* 11. X. *de probat.*

Wundberichts im Beſichtigungs-Protocoll nicht erwüchſen, ſo würde gleichwohl derſelbe zum wenigſten das nachherige mediciniſche Zeugniß, oder das Viſum Repertum meiſtentheils fehlerhaft und unvollſtändig, oder wenigſtens unzuverläſſig machen, und letzteres häufig auf unrichtigen Vorausſetzungen gewiſſer Umſtände beruhen müſſen; zumal es nur gar zu leicht ſeyn könnte, daß dem Arzt und Wundarzt ihr Gedächtniß nicht dergeſtalt treu bliebe, daß es ihnen auch die kleinſten Umſtände, worauf gleichwohl zuweilen ſo vieles ankommt, genau wieder darſtellte und erinnerlich machte t). Wenigſtens aber würde in Entſtehung eines

t) Auf eine ſolche genaue Erinnerung aller, auch der kleinſten Umſtände kommt gleichwohl bey dem Wundzettel, oder dem Viſo Reperto ſehr vieles an, indem ſolches bekanntermaßen eine genaue Beſchreibung der Thathandlung und ihrer Umſtände zum vorausſetzet. Hiernach iſt ſodann in Beyhaltung der Vorſchriften der Arzney- und Wundarzneykunſt zu prüfen, ob der Verwundete an der erlittenen Verwundung nothwendig habe ſterben müſſen, oder, ob er vielleicht durch dieſe oder jene Mittel habe geheilet werden können? ob genuaſam bewährt befundene, oder auſſerordentliche und vielleicht wohl gar gefährliche Mittel zur Heilung erfoderlich? ob die Verletzung an und für ſich unheilbar geweſen, oder vielmehr unter den vorhandenen Umſtänden ſolches nur geworden ſey, ſ. STRECKER *c. l.* § 9. und **Büttners aufrichtiger Unterricht für neu angehende Aerzte und Wundärzte, wie ſie ſich vor, in und nach der legalen Beſichtigung zu verhalten haben?** In Ermangelung dieſer Umſtände und bey befundener Unvollſtändigkeit und Zwey-

eines zu Protocoll gegebenen Wundberichts, es dem peinlichen Gerichte gänzlich an Mitteln fehlen, die Richtigkeit, oder Unrichtigkeit des zu den Acten nachhin übergebenen Wundzettels gehörig zu prüfen und beurtheilen zu können; auch würde ſich dieſer Mangel durch eingeholte Gutachten von mediciniſchen Collegien, die ohnehin mehr zum beſten, als zu einer mehreren Beſchwerung des Angeſchuldigten gewöhnlich gefraget zu werden pflegen [u]), ſchwerlich heben laſſen.

Wann nun gleich diejenigen, die der gegenſeitigen Meynung zugethan ſind, und den Wundzettel, oder das ſogenannte Viſum Repertum, in Ermangelung eines im Protocoll befindlichen Wundberichts, für genüglich halten, um darauf die Richtigkeit der That, oder die Gewißheit des Corporis Delicti bauen zu können, ſich auf den oben zum Beweiſe des Gegentheils angezogenen 35ſten Artikel der peinlichen Gerichts-Ordnung zu berufen pflegen, nach welchem der durch beeydigte Hebammen, oder Wehmütter ohne Beyſeyn des Gerichts vorgenommenen Beſichtigung einer verdächtigen Frauensperſon und deren demnächſt gethanen gerichtlichen Ausſage völlig getrauet wird, auch dieſerhalb ſogar zur peinlichen Frage gültig-

 lich

Zweydeutigkeit des Viſi Reperti mag ſolches ſogar mit Weiſung wieder zurückgegeben werden, ſ. Claproths Einleitung in ſämtliche ſummariſche Proceſſe bey der Lehre vom peinlichen Proceß, S. 54.

u) HOMMEL *in Rhapſod. quaeſt. Obſ.* 270.

lich geſchritten werden kann, ſo ergiebet doch eine nähere Prüfung jenes Artikels, daß er zur Widerlegung der von mir behaupteten Meynung in keine Wege angezogen werden könne. Denn, eines theils iſt bekannten Rechtens, daß dasjenige, was die Geſetze in einem einzelnen Fall, gleichſam vermöge einer Ausnahme, feſtſetzen, niemals die Regel umſtoßen könne, vielmehr eben dadurch ſolche noch mehr beſtärke; andern theils iſt der Grund, warum den Hebammen die Beſichtigung verdächtiger Frauensperſonen ohne Beyſeyn des Gerichts freygelaſſen worden, am meiſten in der Erhaltung der Wohlanſtändigkeit anzutreffen, der aber bey Beſichtigung getödteter Körper wegfällt; dritten theils kann die Beſichtigung durch Hebammen nöthigen Falls noch immer wiederholet werden, dagegen aber bleibet die einmal mangelhaft angeſtellte Todtenbeſchau allezeit fehlerhaft, und ihre Wiederholung iſt mehrentheils in Zukunft gänzlich vergeblich. Hiezu kommt, daß ſich unter einer Beaugenſcheinigung einer verdächtigen Frauensperſon, und der gerichtlichen Beſichtigung eines getödteten Körpers in Abſicht des grösſeren und geringeren Nachtheils, eine merkliche und einem jede ſichtbare Verſchiedenheit findet. Ueberhaupt ſcheinet mir das ganze Argument wider die zu Protocoll angeſtellte Beſichtigung getödteter Körper aus dem Art. 35. der P. G. O. von keiner Wichtigkeit zu ſeyn. Denn, die Beaugenſcheinigung einer verdächtigen Frauensperſon durch Hebammen bringet hauptſächlich wider dieſelbe nur eine Anzeige und Vermuthung, weshalb weiter wider ſie, inzwiſchen auch

auch bewandten Umſtänden nach, mit der peinlichen Frage verfahren werden kann, hervor, allein, in Abſicht eines würklich begangenen Kindermords kann dieſe Beaugenſcheinigung, wenn ſie auch ganz zum völligen Nachtheil der verdächtigen Perſon ausfällt, nichts weiter, als eine Muthmaßung, die zum höchſten die Kraft eines halben Beweiſes hat, verſchaffen, niemals aber kann darauf allein bey der Endurthel die Gewißheit der That, oder des Kindermords gebauet werden. Gegentheils aber begründet die gerichtliche Beſichtigung eines getödteten Körpers und der von dem Arzt und Wundarzt zu Protocoll abgeſtattete Wundbericht ſchon an und für ſich die Gewißheit, oder Ungewißheit des Verbrechens, und die Endurthel wird außer dem Bekenntniſſe, oder der Ueberführung des Urhebers, am meiſten hierauf gebauet. Ueberdieß handelt die peinliche Gerichts-Ordnung in den Artikeln, die vor und nach dem Art. 35. ſtehen, hauptſächlich von ſolchen Anzeigen, die jemand als den Urheber, oder Theilnehmer eines Verbrechens verdächtig machen, nicht aber von der Art und Weiſe, wie das Corpus Delicti, zumal bey Todtſchlägen, in Gewißheit oder Richtigkeit zu bringen ſey. Eben ſo wenig ſtehet den von mir vertheidigten Grundſätzen entgegen, daß gleichwohl einem jeden in demjenigen, was ſeine Kunſt, oder Profeſſion angehet, ein völlige Glaube zu geben ſey [x]), und es daher nicht darauf ankommen

x) MANTZEL *de Conſilio artificum.*

kommen könne, ob der Wundbericht ſofort bey der Beſichtigung zu Protocoll abgegeben worden, oder in dem nachhin eingereichten Wundzettel enthalten ſey? Denn, wenn gleich darüber, ob dem zugezogenen Arzt und Wundarzt in demjenigen, was zu ihrer Wiſſenſchaft gehöret, zu glauben ſey, kein Zweifel vorhanden iſt, und man es daher in Abſicht der wahrſcheinlichen Urſache des Todes bey ihrem Ausſpruch in dem zu Protocoll gegebenen Wundbericht, oder dem nachhin übergebenen Wundzettel, in ſoferne anders der letztere dem erſteren nicht widerſpricht, bewenden läßt, ſo kann gleichwohl hievon darauf, daß man ſich auch in allen übrigen Dingen, beſonders aber in Abſicht der phyſicaliſchen Beſchaffenheit des Verbrechens und deſſen Umſtände lediglich auf die Meynung des Arztes und Wundarztes verlaſſen könne und müſſe, kein gültiger Schluß gemacht werden. Denn die Unterſuchung der ſichtbaren Spuren, welche die That nachgelaſſen hat, iſt eine beſondere Pflicht der Gerichte, welche durch die peinliche Gerichts-Ordnung denſelben beſonders eingeſchärfet worden [y]). Da auch oftmals bey der endlichen Ent-

y) Art. 149. P. G. O. Der Herr Profeſſor Becker a. O. iſt ſogar der Meynung, daß, weil nach dem angezogenen Artikel bey der Beſichtigung getödteter Körper ſchlechterdings eine völlig beſetzte Gerichtsbank erfodert werde, und in Abſicht der einen, oder zwey Wundärzte die merklichen Worte im Parentheſi hinzugefüget wären, (ſo man die gehaben und ſolchs geſchehen kann,) ſo diene ſolches zum deutlichen Zeichen, daß alles vorzüglich, oder hauptſächlich

Entſcheidung ſelbſt und bey der Beurtheilung der Zweifel wider die Gewißheit der That auf die Lage und eigentliche Beſchaffenheit des Körpers, worin derſelbe bey der Beſichtigung gefunden worden, ſehr vieles ankommt, ſo würden ſolche durch ein gegentheiliges Privatzeugniß in Ermangelung des öffentlichen, oder des zu Protocoll verzeichneten Befindens, ſelten auf eine zu Recht beſtändige Art zu haben

ſächlich bey der Beſichtigung getödteter Körper auf die volle Beſetzung des Gerichts, und daß in deſſen Gegenwart alles aufgeſchrieben, oder verzeichnet werde, ankomme. Allein, ich trage um ſo mehr Bedenken, jene Meynung anzunehmen, als die Worte des Art. 149. P. G. O., ſo man die gehaben und ſolchs geſchehen kann, wohl unſtreitig auf den etwanigen Mangel, oder, wenn man nicht mit einmal zwey geſchickte Wundärzte finden könnte, gerichtet ſind. Denn, da bekanntlich zu den Zeiten Kaiſer Karl des Fünften die Wundärzte ſich hauptſächlich nur auf die Zergliederungs-Wiſſenſchaft legten, die Aerzte ſich aber lediglich auf innerliche Curen einſchränkten, ſ. CONRADI *cit. loc.* §. 9. ſo war ein großer Mangel zweyer geſchickter Wundärzte leicht möglich. Heutiges Tages fällt jene Einſchränkung um ſo mehr weg, da die Aerzte die Zergliederungs-Wiſſenſchaft als ihre Hauptſache, und faſt mehr, als die eigentlichen Wundärzte zu treiben pflegen. Eben hieraus iſt der heutige Gerichtsbrauch zu erklären, nach welchem nämlich der zugezogene Arzt bey Beſichtigung getödteter Körper mehrentheils die ganze Anordnung ſich anzumaßen, der Wundarzt aber gewöhnlich nach derſelben die Oeffnung und Zergliederung des Leichnams vorzunehmen pfleget, ſ. BOEHMER *ad* CARPZOV. *q.* 26. *Obſ.* 3.

haben ſtehen, auch könnte dem Gericht, wenn es etwa in Entſtehung eines geführten Protocolls, dem mediciniſchen Erachten völlig beyſtimmte, um ſo weniger ein genugſamer Glaube gegeben werden, als in peinlichen Fällen nur dasjenige Zeugniß eine völlige Beweiskraft hat, das in dem bey beſetzter Gerichtsbank abgehaltenen gerichtlichen Protocoll ſeine Beſtätigung findet [z]). Als einen Nebengrund, warum die Beſichtigung getödteter Körper nicht lediglich dem Arzt und Wundarzt ohne Beyſeyn und Aufſicht des Gerichts zu überlaſſen iſt, verdienet auch derjenige alle Aufmerkſamkeit, daß man bey Beſichtigungen nicht allemal die geſchickteſten, oder erfahrenſten Aerzte und Wundärzte haben könne, vielmehr zuweilen auch mit minder geſchickten und minder erfahrnen vorlieb nehmen müſſe, und daher ein bey der Todtenbeſchau gegenwärtiger und der gerichtlichen Arzeneygelahrtheit nicht unkundiger, oder geübter Richter ſodann viele weſentliche Mängel, die ſowohl auf das ganze nachherige Verfahren, als auf die endliche Entſcheidung den größten Einfluß haben, bey Zeiten zu heben ſich im Stande befinde [a]).

Vermöge der bisher von mir an- und ausgeführten Gründe erfodern nicht allein verſchiedene berühmte Criminal-Ordnungen ausdrücklich, daß bey der Beſichtigung getödteter Körper unter Aufſicht

z) LUDOVICI *de Iudice extra acta aliquid aſſerente,* und Becker a. O.

a) BOEHMER *ad* CARPZOV. *c. l.*

ſicht des peinlichen Gerichts ein ordentliches Protocoll abgehalten werden ſolle [b]), ſondern es iſt auch

b) S. die bekannte Hannöverſche Criminal-Inſtruction Cap. 4. §. 15. in den Worten: „Bey „gefährlichen Verwundung oder Todtſchlag ſoll von „denen Beamten und Gerichts-Perſonen, mit Zu„ziehung eines Medici und Chirurgi, welchen die „Praxis in hieſigen Herzogthümern verſtattet, eine „Inſpection vorgenommen, und von dieſen ein aus„führliches Atteſt, wie die Wunde beſchaffen? ob „ſie geſchlagen? gehauen oder mit werffen geſche„hen? oder mit einer dreyeckigten, ſchmalen, oder „breiten Klinge, oder auch mit einem Meſſer, ge„ſtochen, oder geſchnitten? auch ob ſie tödtlich oder „nicht? in originali ad acta genommen werden. „Und da aus den eingeſchickten Inquiſitions-Sachen „vielfältig wahrgenommen worden, daß an verſchie„denen Orten die Beamte, und andere, welche die „Juſtice verwalten, ſelbſt dergleichen Inſpectionen „und Sectionen nicht beygewohnt, ſondern genug „ſeyn laſſen, daß ſothane wichtige Handlungen von „denen Medicis, und Chirurgis alleine, in Beyſeyn „ein oder anderen Unterbedienten verrichtet worden, „dahero aber ſich nicht nur öfters begeben, daß die „deshalb ertheilte Atteſtata, oder das viſum reper„tum, von denen Defenſoribus derer Inquiſiten, „als mangelhaft und nichtig angefochten worden, „ſondern dieſe höchſtgefährliche Folge daraus entſte„het, daß die Todtſchläger, weil mit der Beſichti„gung gehörig, und wie ſich vermöge der peinlichen „Gerichts-Ordnung gebühret, nicht verfahren wor„den, manchmal der verdienten Strafe entgehen, „und alſo das Land von Blutſchulden nicht gereini„get wird. So ſollen alle und jede Beamte und „Gerichts-Perſonen bey Vermeidung unausbleibli„cher Ahndung hiemit angewieſen ſeyn, dergleichen „Beſich-

auch überdieß an vielen Orten die vom Sie-
brand

„Beſichtigungen und Sectionen ſelbſt beyzuwohnen, „ihnen die Stiche, Schläge ꝛc. und Wunden derer „Entleibten, wie ſolche beſchaffen, was eigentlich „verletzet ꝛc. zeigen, „und keinesweges von den „Sectoribus, wie zuweilen geſchiehet, damit „abweiſen zu laſſen, es ſollte morgen, oder „übermorgen ꝛc. ſchriftlich berichtet werden, „wie es mit dieſer, oder jener Wunde be„want, ſondern dieſe ſollen gehalten ſeyn, al„les in Beyſeyn derer Beamten und Gerichts„Perſonen zu verrichten, und die Befindung „derer Wunden ihnen umſtändlich zu eröffnen, „wiewohl denenſelben unverwehrt bleibet, ihr „Gutachten hernach durch ein mit *rationibus* „und *auctoritatibus medicis* beſtärktes Atteſt „weitleuftiger auszuführen. Was ſodann bey „der Section, oder Beſichtigung von Beſchaffenheit „derer Wunden und des Körpers vorkommen, und „befunden werden wird, muß ſogleich umſtändlich „regiſtriret, auch genau unterſuchet werden, wie „bald der Entleibte nach empfangenen Schlag ver„ſtorben ꝛc. ꝛc.“ Ein gleiches, oder eben daſſelbe ordnet die *Conſtitutio Criminalis Thereſiana* vom Jahr 1769. im 26. Artikel §. 10. in den Worten: „Im Fall eines Todtſchlages, welcher nicht allein „den Körper, ſondern auch die Werkzeuge pro Cor„pore delicti nach ſich läſſet, da liegt dem Halsge„richt vor allem ob: Die erforderliche Gerichts-Per„ſonen nebſt dem Gerichts- oder Amtsſchreiber mit „Zuziehung zweyer Leib- oder eines Leib- und eines „Wundarztes, oder auch zweyer Wundärzten, wie „ſelbe am füglichſten zu haben ſind, oder im Abgang „zweyer, wenigſtens eines erfahrnen Wundarztes, „oder Baaders an den Ort, wo der Verwundete, „oder Entſeelte ſich befindet, abzuſenden. Wo ſo„dann

brand ^*) bemerkte löbliche Gewohnheit, daß nach geſchehener Beſichtigung der Arzt und Wundarzt ihren

„dann der Beſchädigte oder Ertödtete beſichtiget, die „Wunden, Schläge, oder Schäden erkundiget, und, „Falls der Verwundete ſchon todt, der Körper er„öffnet, alsdann der Ort der Wunden, derſelben „Tieffe, Weite, item die Beſchaffenheit des Schlags „und andern Zeichen ꝛc. beſchrieben, und damit alle „Eigennützigkeit, und Vermäntelung hierunter deſto „mehr vermieden bleibe, von den anweſenden Ge„richts-Perſonen auf alles genaue Obſicht getragen, „und was dabey vorgekommen, in dem Protocoll „getreulich verzeichnet, ſofort von den beygezogenen „Leib- oder Wundärzten, und Baadern ein umſtänd„licher, von ihnen unterfertigt ſchriftlicher Beſichti„gungs-Befund mit beygefügten Erachten: ob und „aus was für Urſachen die Wunde unfehlbar tödt„lich, oder nicht ſeyn? abgefodert, und ſolcherge„ſtalt die Beſchädigungs- oder Todten- Beſchau von „Halsgerichten verläßig vorgekehret; allenfalls aber, „da die Wundärzte wegen der Tödtlichkeit der Wun„de in ihrer Meynung nicht übereinkämen, oder ihr „Erachten undeutlich, oder ſonſt einer Bedenklichkeit „unterworfen wäre, die mediciniſche Facultät hier„über gutächtlich vernommen werden ſolle.“ Auch in den Churbrandenburgiſchen Landen dürfen die Obductionen getödteter Körper niemal ohne Zuziehung einer Gerichtsperſon, und ohne darüber ein beſonderes Protocoll zu führen, geſchehen, ſ. die **Beyträge zur juriſtiſchen Litteratur in den Preußiſchen Staaten im 4ten Stück S. 189.**

e) *c. l. membr.* 1. *Def.* 1. *p.* 6. Prouidum in hoc negotio eſſe ampliſſimum huius vrbis ſenatum fatendum eſt, quia, quae ſub inſpectionis actu vel phyſicus, vel alius medicus in calamum ſe-

 cretario

ihren gemeinſchaftlichen, oder jeder ſeinen beſonderen Wundbericht ſofort zu Protocoll abgeben, ſolcher demnächſt öffentlich vorgeleſen und beyde, beſonders aber der Wundarzt, darauf wohl acht zu haben, damit entweder beyde das mangelhafte annoch zu rechter Zeit verbeſſern können, oder doch der Wundarzt ſeine Erklärung ebenfalls zu erkennen geben möge, erinnert werden. Jene Gewohnheit iſt meinem Bedünken nach derjenigen, nach welcher die vom Gerichtsſchreiber verfertigte Regiſtratur wegen der Art und Beſchaffenheit der Wunden für hinlänglich zu achten[d]), bey weiten vorzuziehen, da ſie zu einer mehreren Gewißheit dienet und dürfte davon nur ſodann, wenn der Arzt und Wundarzt ſich etwa nicht getraueten, alles ſo genau zu Protocoll zu geben, oder darüber ſich ſo deutlich, als es ihre wahre Abſicht wäre, auszudrucken, abgegangen werden.

Auf ſo guten Gründen nun der Gerichtsbrauch, nach welcher die Todtenbeſchau der Regel nach allemal in Gegenwart des peinlichen Gerichts und zu Protocoll geſchehen muß, an und für ſich beruhet, und daher hierin unter den neuern Lehrern des peinlichen Rechts keine Zweifel vorwalten, ſo verſchieden ſind gleichwohl die Meynungen der Rechtslehrer bey Beantwortung der Frage: Ob die Todtenbeſchau,

cretario dictitauit, finita inſpectione clara voce praelegere iubet, et chirurgum monet, vt attendat, an omnia, ac notata ſunt, a ſe obſeruata fuerint, cuius adſenſus tunc quidem ſubiicitur.

d) PÜTTMANN *c. l.* §. 777.

beſchau, die lediglich von dem Arzt und Wundarzt ohne Anweſenheit des Gerichts vorgenommen worden, dennoch gültig, oder ungültig ſey, und ob daher darauf die Endurthel gebauet werden könne, oder nicht? Verſchiedene Rechtslehrer wollen das leztere, und weil eine jede gerichtliche Handlung, die nicht auf die in den Rechten vorgeſchriebene Art und Weiſe zu Staude gekommen, an ſich nichtig iſt und keine rechtlichen Wirkungen hervorbringet, ſo behaupten ſie, daß eine von dem Arzt und Wundarzt ohne Anweſenheit des Gerichts angeſtellte Todtenbeſchau ſchlechterdings ungültig ſey, und darauf eine Verurtheilung zur Todesſtrafe niemals und unter keinen Umſtänden gebauet werden könne [e]). Andere machen die Einſchränkung, daß die von dem Arzt und Wundarzt allein geſchehene Beſichtigung zwar zur Anſtellung der beſonderen Inquiſition und zur Anwendung der Marter, keineswegs aber zur Verurtheilung zu der ordentlichen, oder der Todesſtrafe genügen könne [f]).

Allein, dieſem allen ohngeachtet verdienet gleichwohl, meinem Bedünken nach, die Meynung vieler angeſehenen Rechtslehrer den Vorzug, daß der bloße Mangel der Anweſenheit des peinlichen Gerichts, und des bey der Todtenbeſchau abgehaltenen

e) CONRADI *c. l.* HOMMEL *cit. Diſſert.* §. 6. 21. 22. Becker a. O. KOCH *in Inſtit. Iur. Crimin.* §. 722. *n.* 3. PUFENDORF *in Proc. crimin. c.* 7. §. 10. KRESS *ad art.* 149. *CC.* §. 1. *n.* 1.

f) MEISTER *in Princip. Iur. Crimin. Sect.* 3. *c.* 9. §. 579. *n.* 1.

tenen Protocolls, wenn anders die Beſichtigung von dem Arzt und Wundarzt nach vorgängiger Vereydung gehörig veranſtaltet worden, allein keine Ungewißheit der That, oder eine Nichtigkeit in dem peinlichen Verfahren bewirken könne [g]). Denn, wenn gleich vom **Kaiſer Karl** dem **Fünften** den peinlichen Gerichten es als ein Vorſichtsmittel empfohlen worden, daß die Beſichtigung getödteter Körper von einem Arzt und Wundarzt vorgenommen werden, und ſolche beſonders in Gegenwart des Gerichts geſchehen ſoll, auch hiebey es der Regel nach das Bewenden behalten muß, ſo wird gleichwohl eine jede Abweichung hievon, zumal, wenn ſolche dem Gerichte nicht zuzurechnen und die That ſonſt dennoch gewiß und bewieſen wäre, nicht ſchlechterdings verworfen [h]), noch weniger aber kann ein Todtſchläger, wenn die That anderweit zur Richtigkeit gebracht worden, es als eine geſetzliche Vorſchrift für ſich anführen, daß der bloße Mangel des Protocolls und der Anweſenheit des Gerichts bey der Todtenbeſchau, die That ungewiß und zweifelhaft und daher die Anwendung der geſetzlichen Strafe des Todtſchlägers an

g) BOEHMER *ad* CARPZOV. *q.* 26. *Obſ.* 3. LEYSER *Spec.* 597. *n.* 22. *Spec.* 598. *n.* 3. BOEHMER *de legitima cadav. occiſi ſectione.* Carrach in den rechtl. Urtheilen und Gutachten in peinl. Sachen *n.* 26. Schmidt in den öffentlichen Rechtsſprüchen im 5ten Abſchnitt *n.* 110. S. 730. u. a. m.

h) Art. 147. und 149. P. G. O.

an und für ſich bedenklich machte[i]). Weil ſolchergeſtalt die Beſichtigung eines getödteten Menſchen eigentlich nur als ein gutes Mittel zu Erforſchung der Wahrheit anzuſehen, ſo iſt auch dieſelbe ſo wenig an und für ſich[k]), als ihrer vorgeſchriebenen Form nach, zur Verurtheilung eines Todtſchlägers, oder zur Anwendung der geſetzlichen Strafe nothwendig, wenn der Angeſchuldigte den Todtſchlag eines ohne andere bekannte Urſache würklich plötzlich geſtorbenen Menſchen eingeſtehet, auch alle Umſtände und Anzeigen ſein Geſtändniß glaubhaft und ſcheinbar machen, und daher daſſelbe, nach ſorgfältig angeſtellter Erkundigung, ſeine Richtigkeit hat[l]), oder auch die That durch zween vollgültige Zeugen, die bey jener gegenwärtig geweſen ſind, bewieſen und auſſer allen Streit geſetzet wird[m]). Denn es iſt vermöge anderer deutlicher

i) BOEHMER *ad* CARPZOV. *c. l.*

k) Meine Grundſätze des deutſchen peinlichen Rechts §. 601. 602. und 604. Die gegenſeitige Meynung, oder daß ſogar ein Straßenräuber, wenn er auch den von ihm verübten Mord eingeſtünde und die gefundenen Knochen ſein Bekenntniß wahrſcheinlich machten, in Ermangelung der angeſtellten Beſichtigung, nicht am Leben beſtrafet werden könne, behauptet HOMMEL *in Rhapſod. quaeſt. Obſ.* 9.

l) HEIMBVRG *Progr. de matre infanticid. confeſſ. etiamſi corpus delicti deficiat, morte mulctand. Ien.* 1766. BOEHMER *ad art.* 6. *CC.* §. 15. und *ad art.* 131. *CC.* §. 4. und 8.

m) *Arg.* Art. 67. und 69. P. G. O. worauf aber beſonders ſodann, wenn die Gewißheit der That lediglich

Ausſprüche der peinlichen Gerichts=Ordnung keinem Zweifel unterworfen, daß wegen der That und ihrer Umſtände nicht ſowohl auf die Art und Weiſe, wie ſie in Richtigkeit gebracht worden, zu ſehen ſey, als vielmehr hauptſächlich alles darauf beruhe und ankomme, daß wegen des Daſeyns des Verbrechens eine ſolche moraliſche Gewißheit, die ſonſt in andern wichtigen Dingen im menſchlichen Leben dafür erkannt zu werden pfleget, würklich vorhanden ſey [n]). Im Fall daher der Todtſchläger ſich nicht auf glaubhafte Anzeigen, oder ſcheinbare Umſtände mit Grunde berufen kann, um derentwillen ſonſt die That für ungewiß und zweifelhaft zu achten iſt, ſo kann die bloße Unterlaſſung der Beſichtigung, zumal, wenn ſolche lediglich im Zufall ihren Grund hätte, oder gar durch das eigene Verhalten des Todtſchlägers veranlaſſet wäre, ihm ſo wenig zur Befreyung von der geſetzlichen Strafe,

auf der Zeugen Ausſagen beruhet, das Verhör derſelben am meiſten zu richten ſey? davon findet ſich das weitere in meinen Grundſätzen des peinl. Rechts §. 602.

n) Art. 6. P. G. G. in den Worten: „Darzu ſoll „auch eyn jeder Richter inn dieſen großen Sachen „vor der peinlichen Frag, ſo vil müglich und „nach geſtalt und gelegenheyt einer jeden Sa„chen, beſchehen kann, ſich erkündigen und fleiſ„ſig Nachfragens haben, ob die Miſſethat, darumb „er angenommen, berüchtiget und verdacht, auch be„ſchehen ſey, oder nit, wie hernach inn diſer unſer „Ordnung erfunden wirdt.“ BOEHMER *ad art.* 6. *CC.* §. 15. SCHÖPF *de praeſumt. infanticid.* §. 31. LEYSER *Spec.* 611. *n.* 13.

Strafe, als einmal zur Milderung derſelben nützlich ſeyn. Weil nun die unterlaſſene Beſichtigung ſo wenig, als der Mangel eines darüber abgehaltenen Protocolls, ſchlechterdings eine unheilbare Nichtigkeit des peinlichen Proceſſes bewirken, oder an und für ſich das Erkenntniß der Todesſtrafe bedenklich machen, ſo kann folglich darüber noch weit weniger ein Streit entſtehen, ob ſchon der Mangel eines Beyſitzers, oder des Gerichtsſchreibers [o]), oder der Mangel des Arztes, oder des Wundarztes [p]), oder deren vorgängigen Beeydung, wenn ſolche gleichwohl nach der Beſichtigung geſchehen [q]), die angeſtellte Todtenbeſchau vergeblich, oder ungültig machen? wenn dabey im übrigen keine ſonſtige gegründete Zweifel und Bedenklichkeiten wegen der Gewißheit der That eintreten. Denn, es gehöret billig zu den ausgemachten Wahrheiten des peinlichen Rechts, daß der Mangel der bey peinlichen Unterſuchungen, oder Verhören vorgeſchriebenen Feyerlichkeiten einem Schuldigen zu keiner Vertheidigung, oder Milderung ſeiner Strafe gereiche, wenn er ſich ſonſt nirgends über Gewalt und Unrecht zu beſchweren, oder die Gewißheit der ihm bezüchtigten

 That

o) BOEHMER *de legitima cadaueris occiſi ſectione* §. 11. und 18. Carrach a. O. *n.* 26. und 33.

p) HARPRECHT *Dec.* 87. *n.* 105. HORN *de probat. per vnum teſtem c.* 2. *Th.* 27. MYNSINGER *Cent.* 6. *Obſ.* 24. *n.* 6. 7.

q) HARPRECHT *Dec* 87. *n.* 104. und *Dec.* 142. *n.* 19. TEXTOR *de corp. delict. in homicid.* §. 39. Carrach a. O, *n.* 26.

That zu bezweifeln im Stande iſt, dagegen aber einem ſolchen, der entweder ſeine gänzliche Schuldloſigkeit, oder wenigſtens ſeine mindere Strafbarkeit beweiſen, oder auch, daß die Unterlaſſung dieſes oder jenes, was ſonſt nur zur Förmlichkeit, oder Feyerlichkeit bey dem Verfahren gehöret, auf Feſtſetzung der Richtigkeit des Verbrechens vielen, oder merklichen Einfluß gehabt habe, gehörig darthun kann, allerdings zum Vortheil, oder zur Vertheidigung dienen müſſe. Nur bloß daher in dieſem Fall kann ein Todtſchläger in dem Mangel des bey der Beſichtigung abgehaltenen Protocolls für ſich eine gegründete Schutzwehr finden, und ſich darauf zur Abwendung der Todesſtrafe in Beyſtimmung der Geſetze berufen [r]). In ſolchen Fällen überhaupt, da es nicht auf die Todesſtrafe ankommt, ſondern nur von einer willkührlichen Strafe die Rede ſeyn kann, pfleget die Unterlaſſung einer pünktlichen Beobachtung aller ſonſt bey Sectionen etwa nöthigen Erforderniſſe nicht dergeſtalt in Betracht gezogen zu werden, daß grade um deswillen der Thäter eine mehrere Schonung oder Milderung der Strafe verdienen müßte [s]).

Da nun angeführtermaßen der Mangel der Anweſenheit des Gerichts und des Protocolls bey der Beſichtigung an und für ſich oder ſchlechterdings keine Nichtigkeit im peinlichen Verfahren verur-

r) KRESS *ad art.* 20. *CC.* §. 1. *n.* 1.

s) STRYCK *de Iur. Senſ. Diſſ.* 1. *c.* 3. *n.* 21. *p.* 77. *ſqq.* Von Selchow in den Rechtsfällen. *P.* 2. *Dec.* 32. S. 56.

verurſachet, oder die Anwendung der geſetzlichen Strafe unſtatthaft und bedenklich macht, ſo kann derſelbe noch weniger bey der Beaugenſcheinigung eines Verwundeten, der aber nicht zugleich getödtet worden, einem Angeſchuldigten nützen. Es pfleget vielmehr nach dem Gerichtsbrauch die von dem Arzt und Wundarzt, oder auch nur von einem derſelben geſchehene Beſichtigung eines Verwundeten zur Richtigſtellung der That, oder, um darauf die Gewißheit des Verbrechens und folglich auch die Beſtrafung bauen zu können, völlig zu genügen [t]), wann anders einer ſolchen Beſichtigung nur lediglich der Mangel entgegen zu ſetzen ſtünde, daß ſie nicht unter Aufſicht des Gerichts geſchehen wäre.

t) Carrach a. O. n. 22. 26. und 41.

XLIX.

Von den vornehmſten Fällen, in welchen ſich die durch deutſche Reichsgrundgeſetze der evangeliſchen Religion verſicherte Gleichheit mit der katholiſchen am meiſten zeiget.

Der weſtphäliſche Friedensſchluß, als das bekannte vornehmſte Reichsgrundgeſetz, wornach die Befugniſſe und Rechte der dreyen im deutſchen Reich aufgenommenen chriſtlichen Religionen gegen einander am meiſten zu beſtimmen ſind, ordnet, daß zwiſchen den katholiſchen und evangeliſchen Religions-Verwandten die völligſte, oder genaueſte Gleichheit herrſchen, und was der einen Recht iſt, auch der andern Recht ſeyn ſolle [a]). Zwar gehet meine Abſicht nicht dahin, mich auf eine vollſtändige Unterſuchung und Erklärung der an-

a) *I. P. O. Art. V. §. 1. in fin.* „in reliquis omnibus autem inter vtriusque religionis Electores, „Principes, ſtatus omnes et ſingulos *ſit aequalitas exacta mutuaque*, quatenus formae Reipublicae: conſtitutionibus imperii et praeſenti „conuentioni conformis eſt, ita vt quod vni parti „iuſtum eſt, alteri quoque ſit iuſtum, violentia „omni et via facti, vt alias ita et hic inter vtramque partem perpetuo prohibita.“

angeführten Stelle einzulaſſen; indeſſen dürfte doch eine Sammlung der vornehmſten Fälle, da die Gleichheit beyder Religionen im deutſchen Reich, entweder nach der buchſtäblichen Beſtimmung deutſcher Reichsgeſetze, oder wenigſtens nach der Uſualerklärung ſich am meiſten zeiget, für einige Leſer nicht ohne Nutzen ſeyn.

Zu jener völligen Gleichheit beyder Religionen im deutſchen Reich rechne ich zuvörderſt, daß in Religions-Sachen nur eine gütliche Vereinbarung ſtatt finde, nicht aber die Mehrheit der Stimmen entſcheiden könne, vielmehr ſowohl den katholiſchen als evangeliſchen Reichsſtänden bey einer vorhandenen Verſchiedenheit in den Meynungen frey ſtehe, ſich von einander zu trennen und einſeitige Beſchlüſſe zu machen [b]). Dieſe einſeitigen Beſchlüſſe, ſowohl der katholiſchen als der evangeliſchen Reichsſtände, ſind ſodann nicht allein in Dingen, welche die Religion angehen, ſondern in allen reichstäglichen Geſchäften überhaupt rechtsbeſtändig [c]), und können kaiſerlicher Seits niemals wie-

b) *I. P. O. art. V. §. 52.* In cauſis religionis omnibusque aliis negotiis, vbi ſtatus tamquam vnum corpus conſiderari nequeunt, vt etiam Catholicis et Auguſtanae Confeſſionis ſtatibus in duas partes euntibus, ſola amicabilis compoſitio lites dirimat, non attenta votorum pluralitate, ſ. *art. V. §. 9.*

c) PÜTTER *Inſtitutiones Iuris Publ. German. Lib. 4. c. 6. §. 177. Anonymi* Beweis, daß das *Ius eundi in partes* auch *in cauſis politicis* ſtatt habe. 1759.

wieder vernichtet, wohl aber beſonders ſodann, wenn ſie Religions-Beſchwerden zum Gegenſtande haben, zur Zufriedenheit der ſich deshalb verwendenden Reichsſtände durch zweckdienliche Mittel befördert werden d).

Ferner ſind vermöge dieſer den beyden aufgenommenen Religionen im deutſchen Reich verſicherten Gleichheit, zu allen von Reichswegen verhängten Commißionen und Deputationen die dazu erfoderlichen Perſonen aus beyden Religionen in gleicher Anzahl anzuſtellen e). Ein gleiches findet nach einem beſchloſſenen Reichskriege, in Abſicht der anzuſetzenden Heerführer und der Reichskriegsraths-Directoren ſtatt f). Auch bey den Auſtregal-Commißionen ſind die etwa nöthigen Commiſ-

d) PÜTTER *c. l.* §. 180.

e) *I. P. O. art. V.* §. 51. „In Conuentibus Deputatorum imperii ordinariis, numerus ex vtriusque Religionis proceribus aequetur.„ Die neueſte Kaiſerl. Wahl-Capitulation Art. XVIII. §. 5.

f) Die neueſte Kaiſerl. Wahl-Capitulation Art. IV. §. 3. „Dergleichen Reichskriege ſodann nach „Inhalt derer Reichs-Conſtitutionen, der Execu„tions-Ordnung und Inſtrumenti pacis geführet, „auch die von Uns und dem Reich in gleicher An„zahl von beyden Religionen zu beſtellende Genera„lität ſamt denen ebenfalls in gleicher Anzahl von „beyden Religionen zu ernennenden Kriegsraths-Di„rectorn und Räthen ſowohl, als das ganze Kriegs„heer, in Unſere und des Reichs Pflichten genom„men werden ſoll, wie ſolches alles die auf ſolche „Reichskriegs-Fälle ergangene Reichsſchlüſſe erfo„dern und mit ſich bringen.

miſſarien nicht allein in gleicher Anzahl von beyden Religionen zu beſtellen, ſondern es iſt auch vor allen Dingen dahin zu ſehen, daß ſie ſich einander in Abſicht der Macht und des Anſehens gleichen [g]). So eine genaue Gleichheit inzwiſchen auch die neueren Reichsgeſetze unter katholiſchen und evangeliſchen Religions-Verwandten feſtſetzen, und daher zu allen Reichsgeſchäften die Deputirten von beyden Religionen in gleicher Anzahl genommen wiſſen wollen, ſo pfleget gleichwohl, weil die Proteſtanten durch die Friedenstractaten gewöhnlich für einen Theil geachtet werden, darauf, ob die Deputirten gerade von der lutheriſchen und reformirten Religion in gleicher Anzahl vorhanden ſind, eben nicht geſehen zu werden [h]). Aus der angegebenen Urſache kommt es daher bey Reichsdeputationen, Präſentationen am Kammergericht, Beſtellung der Senate und bey andern Vorfällen auf eine gleiche Anzahl von lutheriſchen und reformirten Gliedern nicht an, vielmehr pflegen die erſteren die letzteren in der Anzahl gewöhnlich bey weiten zu übertreffen.

Weil die güldene Bulle, als das vornehmſte Reichsgeſetz, wornach die Kaiſerwahl am meiſten zu

g) Herr Conſiſtorial-Rath Prehn von den Austrägen, insbeſondere von dem einem Kläger geringern Standes vortheilhafteſten Wege einen Fürſten zu belangen. Halle 1779. S. 149. 150.

h) von Zwierlein in den Nebenſtunden 1ſter Theil. Gieſſen 1778. n. 11.

zu beſtimmen iſt, in Abſicht der Religion des zu Erwählenden nichts vorſchreibet, ſondern es dabey, daß letzterer ein gerechter, redlicher und nützlicher Herr ſey [i]), bewenden läßt, ſo hat es vermöge der den beyden Religionen im deutſchen Reich verſicherten Gleichheit an und für ſich keinen Zweifel, daß zu einem deutſchen Kaiſer eben ſowohl ein evangeliſcher, als ein katholiſcher Fürſt, oder Herr gewählet werden könne [k]), obwohl man gewöhnlich bey dem zu erwählenden Kaiſer die Eigenſchaft, daß er katholich ſey, zu erfodern pfleget.

Wenn gleich ein erwählter Römiſcher Kaiſer den Schutz und die Erhaltung des päpſtlichen Stuhls zu Rom, und zwar in der Eigenſchaft als Advocat deſſelben, in ſeiner Wahlcapitulation beſon-

i) *Aurea Bulla Caroli IV. Cap. 2. §. 1.* „Poſtquam autem ſaepe dicti Electores ſeu Nuncii „ciuitatem Franckenfortenſem ingreſſi fuerint, „ſtatim ſequenti die diluculo, in Eccleſia Sancti „Bartholomaei Apoſtoli ibidem, in omnium „ipſorum praeſentia, Miſſam de Sancto Spiritu „faciant decantari ad finem, vt ipſe Sanctus Spi„ritus corda ipſorum illuſtret, et eorum ſenſibus „lumen ſuae virtutis infundat, *quatenus ipſi ſuo „fulti praeſidio hominem iuſtum, bonum et vti„lem eligere valeant in Regem Romanorum „futurumque Caeſarem, ac pro Salute populi „Chriſtiani.*“

k) *von* SELCHOW *in Element. Iuris publici germanici* §. 403. Dieſer berühmte Staats-Rechtslehrer ſetzet inzwiſchen an der angeführten Stelle merklich hinzu: niſi quod ob alias rationes hanc ſpem Euangelici inchoare prohibeantur.

ſonders und ausdrücklich verſpricht [l]), ſo iſt gleichwohl in eben derſelben zum Beſten der evangeliſchen Religion deutlich verſehen, daß die beſchriebene Advocatie des Stuhls zu Rom zum Nachtheil der Augſpurgiſchen Confeßions-Verwandten unter keinerley Vorwande angezogen werden, vielmehr beyden Religionen im deutſchen Reich gleicher Schutz angedeyen ſolle [m]).

Bey Beſetzung erledigter Stellen, ſowohl bey dem Reichshofraths-Collegio, als bey dem kaiſerlichen Reichskammer-Gerichte ſoll, nach ausdrücklicher Vorſchrift der Reichsgeſetze, auf beyderley Religions-Verwandte vorzüglich geſehen werden.

l) Die neueſte Kaiſerl. Wahl-Capitulation Art. I. §. 1. „Zum erſten, daß wir in Zeit ſolcher unſerer Königlichen Würden, Amt und Regierung, „die Chriſtenheit, den Stuhl zu Rom, Päpſtl. Heiligkeit, und Chriſtliche Kirche, als derſelben Advocat, in guten treulichen Schutz und Schirm halten ſollen und wollen.“

m) Die angeführte Wahl-Capitulation Art. I. §. 10. “Soviel aber in dieſem Articul den Stuhl „zu Rom und Päpſtl. Heiligkeit betrifft, wollen die „der Augſpurgiſchen Confeſſion zugethane Churfürſten vor ſich und ihre Religions-Verwandte, Fürſten und Stände (inſchlüßig derſelben Religion zugethanen freyen Reichs-Ritterſchaft) Uns damit „nicht verbunden haben, geſtalten dann auch ſolche „Advocatia dem Religion- und Prophan- auch „dem Münſter- und Osnabrückiſchen Friedensſchluß „zu Nachtheil nicht angezogen, noch gebrauchet, ſondern denen obgedachten Churfürſten und ſämtlichen „ihren Religions-Verwandten im Reich gleicher „Schutz geleiſtet werden ſolle.“

den [n]). Aus dieſer Urſache mag ein Reichsſtand der eine andere Religion hat, als diejenige, die zur Zeit des weſtphäliſchen Friedens in ſeinen Staaten die herrſchende geweſen iſt, bey einer ihm zuſtehenden Präſentation am Reichskammer-Gericht nur eine ſolche Perſon vorſchlagen, die nicht ſowohl ſeiner, als vielmehr der in ſeinem Lande herrſchenden Religion zugethan iſt [o]). Ein etwaniges

n) *I. P. O. art. V.* §. 53. **Die Kammergerichts-Ordnung im 1. Th. Tit. 3. §. 3.** „Und inſonderheit ordnen und wollen wir, daß Kammer-Richter und Beyſitzere ſämtlich und ſonderlich, ſo hinführo durch Uns, die Churfürſten und Creiß, jederzeit präſentiret und geordnet werden, dergleichen alle andere Perſonen des Kammer-Gerichts, von beeden der alten Religion, und dann der Augsburgiſchen Confeßion präſentirt und geordnet werden mögen, und derowegen nicht auszuſchlieſſen ſeyn.„ **Die Reichshofraths-Ordnung Tit. 1. §. 2.** „Wir wollen auch unter dieſen achtzehn Perſonen ſechs vom Herrn, Ritter und gelehrten Stand der Augspurgiſchen Confeßion Verwandte und der Reichs-Sachen erfahrne Männer, aus denen Reichs Creyſen, darin entweder die Augspurgiſche Confeßions-Verwandte allein, oder zugleich die Catholiſche Religion im Schwang gehet, annehmen, damit auf begebenden Fall, die Gleichheit der Richter von beyder Religion Aſſeſſoren, obſerviret werden möge.„ S. auch **die neueſte Kaiſerl. Wahl-Capitulation** Art. *XXIV.* §. 1.

o) Auſſer der Präſentation beym Reichskammer-Gericht pfleget bey der Beſtimmung der Religion des Landes nicht ſowohl auf die Zeit, da der weſtphäliſche Friede geſchloſſen worden, als vielmehr auf den Zuſtand im Entſcheidungs-Jahr von 1624 am meiſten

niges Uebergewicht der katholiſchen Räthe bey dem Reichshofrathe, oder Reichskammer-Gerichte kann einer Parthey an ihren habenden Rechten um ſo weniger zu einer Beſorgniß Anlaß geben, als in den Reichsgeſetzen überhaupt vorgeſchrieben worden, daß in ſolchen Fällen, da eine Sache verſchiedene Religions-Verwandte betrift, Re- und Correferenten in gleicher Anzahl von beyden Religionen beſtellet werden ſollen [p]).

In Abſicht der Treibung von Gewerben, Zulaſſung zu Künſten und Handwerkern, Aufnahme

ſten geſehen zu werden. *von* SELCHOW *c. l.* §. 121. ſ. auch Moſers kleine Schriften *T. IX. p.* 208. *ſqq.*

p) Die Reichshofraths-Ordnung Tit. 1. §. 2. „Thun auch hiemit befehlen, daß nicht allein bey „dem Cammer-Gericht, ſondern auch bey unſern „Kayſerl. Reichshofrath, ſowohl geiſtliche als auch „weltliche Sachen, ſo zwiſchen den Catholiſchen und „Augspurgiſchen Confeßions-Verwandten ſchweben, „oder auch, wann Catholiſche wider Catholiſche ſtrei„ten, und der Tertius interueniens ein Augspur„giſcher Confeßions-Verwandter iſt: Und hinwie„derum, wann der Streit zwiſchen der Augspurgi„ſchen Confeſſion zugethanen Ständen wäre, und „der Tertius interueniens ein Catholiſcher ſeyn wür„de, mit Zuziehung beyderſeits Aſſeſſorn in gleicher „Anzahl, erörtert und entſchieden werden: Und eben „dieſe Gleichheit der Aſſeſſorn ſoll auch obſerviret „werden, ſo offt ein Augspurgiſcher Confeßions-Ver„wandter unmittelbarer Stand, oder ein unmittel„barer Catholiſcher, von einem mittelbaren Augs„purgiſchen Confeßions-Stand, für Gericht beſpro„chen wird.“

me in Zünften und Innungen, Erwerbungen angefallener Erbſchaften und anderer Rechte, haben katholiſche und evangeliſche Glaubensgenoſſen gleiche Befugniſſe und die Verſchiedenheit der Religion kann hierunter keine Ausnahme machen. Nach ausdrücklicher Vorſchrift der Reichsgeſetze ſoll ſowenig in Abſicht des Platzes zum Begräbniße, als der bey Leichbeſtattungen nach eines jeden Orts Gewohnheit ſonſt üblichen Feyerlichkeiten, und der dieſerhalb zu entrichtenden Gebühren unter katholiſchen und evangeliſchen Glaubensgenoſſen irgend einige Verſchiedenheit, oder Einſchränkung weiter ſtatt finden [q].

Die

q) *I. P. O. art. V.* §. 35. „Siue autem Catholici, „ſiue Auguſtanae Confeſſionis fuerint ſubditi, „nullibi ob Religionem deſpicatui habeantur, „nec a mercatorum, opificum, aut tribuum „communione, haereditatibus, legatis, hoſpi„talibus, leproſoriis, eleemoſynis, aliisue iuri„bus aut commerciis, multo minus publicis coe„miteriis, honoreue ſepulturae arceantur, aut „quicquam pro exhibitione funeris a ſuperſtiti„bus exigatur, praeter cuiusque Eccleſiae Paro„chialis iura, pro demortuis pendi ſolita: Sed „in his ſimilibus pari cum ciuibus iure habean„tur, aequali iuſtitia protectioneque tuti.“ Vermöge dieſer Vorſchrift kann daher denenjenigen, die ſich zu einer von den dreyen im deutſchen Reich aufgenommenen Religionen bekannt haben, die ſogenannte Sepultura chriſtiana niemahl verſaget werden, wenn ſie gleich kein exercitium religionis gehabt haben ſollten. BOEHMER *in princip. iur. Canon. ſpeciat. eccleſiaſt. Proteſt.* §. 686.

Die deutſchen Reichsgeſetze erklären alle Schriften und Widerſprüche, die zum Nachtheil der Rechte und Befugniſſe einer, oder der andern aufgenommenen chriſtlichen Religion geſchehen, ſchlechterdings für ungültig und ahndungswürdig, und verbieten beſonders beyden Theilen in den künftig zu verfertigenden Schriften, oder Büchern alle anzüglichen und ſchmählichen Ausdrücke gegen beyderley Religionen im Reich ſchlechterdings [r]) Zum Vortheil beyderley Religionen im Reich ordnet die kaiſerliche Wahlcapitulation [s]), daß der Reichshofrath, oder die verordnete Bücher-Commiſſion ſodann, wenn Katholiken, oder Proteſtanten neue Ausgaben ihrer ſymboliſchen Bücher etwa veranſtalten ſollten, die ſie entweder vor, oder nach dem Religions-Frieden dafür angenommen haben,

r) Der Religions-Friede von 1555. §. 15. 16. *I. P. O. art. V.* §. 1. Die neueſte Kaiſerl. Wahl-Capitulation Art. 11. §. 6. 8.

s) Art. 11. §. 8. „Am wenigſten aber ſich anmaſſe, denen „heilſamen Reichs-Satzungen zuwider, über neue „Editiones deren Augſpurgiſchen Confeßions-Ver„wandten librorum ſymbolicorum, ſo ſie vor „oder nach dem Religions-Frieden dafür an„genommen, oder annehmen mögten, den Fi„ſcal zu hören, oder Proceß ausgehen zu laſſen, „Gleichen Rechtens ſollen auch die Catholiſchen ih„res Orts zu genieſſen haben, jedoch, daß von bey„den Theilen in denen künftig neu zu fertigenden „Schriften, oder Büchern alle anzügliche und ſchmäh„liche Ausdrückungen gegen beyderley Religionen im „Reich denen heilſamen Satzungen gemäß, vermie„den bleiben und ſich deren enthalten werde.“

oder in Zukunft annoch annehmen mögten, den Fiſcal ſo wenig hören, als Proceſſe erlauben ſollen [t]).

Zu den gleichen Rechten, die den Proteſtanten und Katholiken in Abſicht der Ausübung ihrer Religionen verſichert worden, gehöret auch noch beſonders, daß ſowohl zur Beurtheilung der Ausübungs-Befugniß der Religion, als zur Prüfung der Gültigkeit des Beſitzes der Güther und anderer Rechte einerley Termine, nemlich nach Verſchiedenheit der Fälle der erſte Januarius, oder das ganze Jahr von 1624 beſtimmet worden [u]). Vermö-

t) Dasjenige, was die Reichsgeſetze von der neuen Ausgabe ſymboliſcher Schriften einer, oder andern Religion verordnen, kann auf Privatperſonen füglich nicht angewandt werden, wenn dieſe etwa ohne vorher von ihrer Kirche dazu Erlaubniß erlanget zu haben, ſymboliſche Schriften ihrer Kirche mit Zuſätzen und Veränderungen herausgeben ſollten. Denn, in dieſem Fall zeigen neuere Beyſpiele im deutſchen Reich, daß mit Confiſcirung ſolcher Schriften ohne Anſtand verfahren, und die Ahndung gegen den Urheber annoch beſonders vorbehalten worden.

u) *I. P. O. art. V.* §. 14. 23. 25. 26. 31. 34. Nach Vorſchrift der Reichs-Geſetze iſt bekanntlich alles am meiſten nach dem Zuſtande im Jahr 1624 zu beurtheilen, wenn von der Beſtimmung der Gerechtſame zwiſchen Katholiken und Augsburgiſchen Confeſſions-Verwandten die Rede iſt. Dagegen aber dienet zwiſchen Lutheranern und Reformirten das Jahr 1648., da der weſtphäliſche Friede geſchloſſen worden, lediglich zur Entſcheidung, ſ. CRAMER *in Obſeruat. Iur. vniu. Tom.* 1. *Obſ.* 419. §. 47. 48., als welcher ſich zur Begründung ſeiner Meynung auf den *art. VII.* §. 1. *I. P. O.* berufet.

möge dieſer Vorſchriften kann ſowohl der katholiſche, als der proteſtantiſche Landesherr ſeinen Unterthanen verſchiedener Religion die Auswanderung (emigratio) [x]) gebieten, im Fall ſie nicht ihren Beſitzſtand im Entſcheidungsjahr von 1624. zu beweiſen im Stande ſind [y]). Weil die Vermuthung allemal für den Landesherrn ſtreitet, daß er ſeine Majeſtäts-Rechte, wozu das Recht zu refor-

 mi-

x) Die Auswanderung (Emigratio) iſt von der Verſetzung in andere Gegenden (Transplantatio) ſehr unterſchieden, und es mag daher nach den gegründeten Bemerkungen angeſehener Rechtslehrer, wider Willen der Unterthanen der Religion wegen die letztere in keine Wege an die Stelle der erſteren von dem Landesherrn eingeführet werden. RUDOLPH *in Diſſ. de transplantatione ſubditorum in locum emigrationis vel expulſionis religionis cauſa haud ſubſtituenda ad I. P. O. art. V.* §. 36. *Erlang.* 1768. Die gegenſeitige Meynung behaupten inzwiſchen ICKSTADT *de Stat. imp. Iur. transplantandi.* BECKER *de imperante ſubditos relig. cauſ. emigr. transplantandi Iure gaudente. Roſtoch.* 1755. ANT. SCHMIDT *Inſt. Iur. Eccl. Germ.* §. 225.

y) *I. P. O. art. V.* §. 31. „Hoc tamen non obſtan„te, Statuum Catholicorum Landſaſſii, Vaſalli et „ſubditi cuiuscunque generis, qui ſiue publi„cum ſiue priuatum Aug. Confeſſ. exercitium an„no 1624., quacunque anni parte, ſiue certo „pacto, aut priuilegio, ſiue longo vſu, ſiue ſo„la denique obſeruantia dicti anni habuerunt, „retineant id etiam in poſterum vna cum annexis „quatenus illa dicto anno exercuerunt, aut exer„cita fuiſſe probare poterunt.“ Man ſehe auch beſonders *I. P. O. art. V.* §. 34. 35. 36.

miren unſtreitig gehöret, ohne Einſchränkung aus- zuüben befugt ſey, ſo ſind auch die Unterthanen, die ein von der Landes-Religion unterſchiedenes Glaubens-Bekenntniß haben, mit ihren Einwendungen wider eine anbefohlne Auswanderung nicht zu hören, woferne ſie nicht den Beweis ihres angeblichen Rechts vermöge des Zuſtandes im Entſcheidungsjahr zu führen im Stande ſind [z]). Dagegen ſind auch diejenigen Vorſchriften der Reichsgeſetze, nach welchen die Auswanderung lediglich zur Erhaltung der Gewiſſensfreyheit geſchehen muß, nicht aber als eine Art von Strafe aufgeleget werden darf, und ſolchergeſtalt den Auswandernden frey ſtehen müſſe, ihre Kinder und ihr Vermögen mit ſich zu nehmen, oder letzteres zu Gelde zu machen, oder Verwalter darüber zu beſtellen, auch ihre Schulden vorher einzucaſſiren, Proceſſe fortzuſetzen, und auf eine gewiſſe Zeit der Nachſicht ihrer Sachen halben wieder zurück zu kehren, ſowohl zum Beßten der Katholicken, als der Proteſtanten zu erklären [a]).

So-

z) *I. P. O. art. V.* §. 31. BOCRISIVS *de onere probandi ſubditis in religione a domino territorii diſſentientibus regulariter incumbente. Bambergae* 1775. ANT. SCHMIDT *c. l.* §. 226.

a) *I. P. O. art. V.* §. 36. v. „Quod ſi vero ſubdi„tus, qui nec publicum nec priuatum ſuae Re„ligionis exercitium Anno Milleſimo Sexcente„ſimo viceſimo quarto habuerit, vel etiam, qui „poſt publicatam pacem Religionem mutabit, „ſua

Sowenig eigentliche Kirchen- und Eheſachen bey den Katholicken zur Erörterung und Entſcheidung der höchſten Reichsgerichte gedeyen können, eben ſowenig kann ſolches auch, wenn von Kirchen- und Eheſachen der Proteſtanten die Rede iſt, geſchehen [b]). Es iſt auch von dieſem allgemeinen Grundſatze nur in den Fällen eigentlich eine Ausnahme gegründet, oder die Gerichtsbarkeit der höchſten Reichsgerichte in Kirchenſachen nur ſodann für zuläſſig zu achten, wenn die vorſeyende Beſchwerde aus einer Verletzung des Religions- oder weſtphäliſchen Friedens erwächſet, und die ſtreitenden, oder wenigſtens intervenirenden Theile einer verſchiedenen Religion zugethan ſeyn mögten [c]). Denn auſſer dieſen Fällen und Einſchrän-

„ſua ſponte emigrare voluerit, aut etiam a ter-„ritorii domino iuſſus fuerit, liberum ei ſit, „aut retentis, aut alienatis bonis diſcedere, re-„tenta per miniſtros adminiſtrare, et quoties ra-„tio id poſtulat, ad res ſuas inſpiciendas, vel „perſequendas lites aut debita exigenda, libere „et ſine litteris commeatus adire.“

b) *von* SELCHOW *c. l.* §. 275. S. die gemeinnützige juriſtiſche Beobachtungen und Rechtsfälle von den Verfaſſern der neueſten Litteratur, im 3ten Bande 1778. *n.* 1.

c) G. L. BOEHMER *de finibus iurisdict imperial. quoad in cauſis eccleſiaſt. competit,* ſ. *eius Obſ. Iur. Canon. p.* 154. *ſqq.* GEISLER *de grauaminibus Religionis auctoritate iudiciorum imperii tollendis. Erlang.* 1771. *von* SELCHOW §. 276. Daß inzwiſchen auch in denjenigen Fällen, da angeführtermaßen die Gerichtsbarkeit der höchſten

kungen ſind bey den Katholicken die Kirchenſachen, wenn man das eigentliche Ius circa ſacra, oder die ſogenannten Majeſtäts-Rechte, die auch einem katholiſchen Landesherrn eigenthümlich verbleiben, ausnimmt, dem Biſchof der Diöces lediglich unterworfen. Bey den Proteſtanten üben hingegen vermöge des Religions- und weſtphäliſchen Friedens die evangeliſchen Reichsſtände, wenn die angeführten Ausnahmen nicht vorhanden ſind, neben ihrem Iure circa ſacra, auch als höchſte Biſchöfe ihrer Länder die Gerichtsbarkeit über alle geiſtliche, oder Kirchenſachen aus [d]). In Beſtimmung des Begrifs von geiſtlichen und Kirchenſachen haben die Proteſtanten nach einer allgemeinen Obſervanz die Regel angenommen, daß diejenigen Sachen, die das Canoniſche Recht dafür annimmt, auch bey den Augſpurgiſchen Confeßions-Verwandten da-

Reichsgerichte gegründet iſt, ohne Proceſſe zu verſtatten, die Religions-Beſchwerden forderſamſt Reichsgeſetzmäßig abgethan werden ſollen, ordnet die neueſte Kaiſerl. Wahl-Capitulation Art. I. §. 11. v. „Keinesweges aber in cauſis Religionis Proceſſe „verſtatten, ſondern darunter lediglich oberwehnten „Reichsgrundgeſetzen nachgehen; nicht weniger daran ſeyn, damit die bishero angebrachte, zur Zeit „noch unerledigte Religions-Beſchwerde des foderſamſten Reichsgeſetzmäßig abgethan werden. Wie „wir ihnen, Churfürſten und ſämtlichen ihren Religions-Verwandten, ein gleiches aber auch jenen „der Catholiſchen Religion, krafft dieſes verſprechen, „und uns hiemit zu einem wie anderem verbinden.“

d) Der Religions-Friede von 1555. §. 20. 25. *I. P. O. art. V.* §. 14. 19. 48.

dafür angenommen werden, und zwar ohne weiter zu unterſcheiden, ob ſie bey den Augſpurgiſchen Confeßions-Verwandten beſonders zu den geiſtlichen, oder weltlichen Sachen gerechnet zu werden pflegen. Vermöge dieſes Grundſatzes ſind die Schulſachen der Proteſtanten wegen der vollkommenen Gleichheit der Rechte beyder Religionen der Reichsgerichtsbarkeit eben ſowohl, als die Schulſachen der Katholiken, entzogen und ſolcher nicht unterwürfig [e]).

Es gehöret ferner zu der den Katholiken und Augſpurgiſchen Confeßions-Verwandten verſicherten Gleichheit, daß ſowohl den erſteren als letzteren die ehemalige Befugniß, auf die päpſtliche Entſcheidung zu Rom in weltlichen Sachen ſich berufen [f]) oder in ſolchen ſich an die päpſtlichen Nunciaturen in Deutſchland wenden zu können [g]), ſchlechterdings genommen und unterſaget worden [h]).

e) Zwierlein in den angeführten Nebenſtunden im 1ſten Theil *n.* 11.

f) ESTOR *de appellat. ad curiam romanam. Marb.* 1751.

g) KEMMERICH *de Iudiciis nunciaturae, quam vocant, apoſtolicam in Germania* 1736.

h) Der neueſte Reichsabſchied §. 164. Die neueſte Kaiſerl. Wahl-Capitulation Art. *XIV.* §. 4. „Gleichergeſtalt wollen wir, wenn es ſich etwa begäbe, daß die cauſae ciuiles von ihrem ordentlichen Gericht im heiligen Reich ab- und auſſer daſſelbe ad Nuncios apoſtolicos, und wohl gar ad curiam Romanam gezogen würden, ſolches abſchaf„fen,

Weil ſowohl nach dem Religions- als weſtphäliſchen Frieden die Gewiſſensfreyheit einem jeden ungekränkt bleiben muß, ſo ergiebet ſich daher von ſelbſt, daß die Veränderung der Religion und die Annahme einer andern von den dreyen in Deutſchland aufgenommenen Religionen, niemanden an fernerer Betreibung ſeines Gewerbes, oder ſeinen ſonſtigen bürgerlichen Rechten ſchaden, oder zum Nachtheil gereichen könne [i]). Hieraus ergiebet ſich weiter, daß einer wegen des Uebergangs zur katholiſchen oder evangeliſchen Religion ſowenig für einen eigentlichen Ketzer, der Inhalts der gemeinen Rechte der Ausübung bürgerlicher Gerechtſame unfähig wäre, angeſehen werden [k]), als um

„fen, vernichten und ernſtlich verbiethen, auch unſeren Kaiſerl. Fiſcalen ſowohl an unſerm Kaiſerl. „Reichshofrath, als Cammergericht anbefehlen, wider diejenige, ſowohl Partheyen als Advocaten, „Procuratoren und Notarien, die ſich hinführo dergleichen anmaßen und darinn einiger geſtalt gebrauchen laſſen würden, mit behöriger Anklag von „Ambtswegen zu verfahren, damit die Uebertretere „demnechſten gebührend angeſehen und beſtrafft wer„den möchten.“

i) Der Religions-Friede von 1555. §. 15. 16.

k) In ſofern inzwiſchen die Verlaſſung ſeiner und die Annahme einer andern Religion ſich lediglich auf bößliche Beredung und Erreichung anderer unerlaubten Abſichten gründet, ſo mag ſolches nicht mit der uneingeſchränkten Gewiſſensfreyheit entſchuldiget werden, ſ. den Religions-Frieden §. 23. „Es „ſoll kein Stand den andern, noch deſſelben Unter„thanen zu ſeiner Religion dringen, abpractiſiren, „oder

um deswillen eine Eheſcheidung unter Ehegatten ſtatt finden könne [l]). Eben ſo wenig mag einem Mönch, der das Augſpurgiſche Glaubensbekenntniß angenommen hat, die Befugniß, eine ihm anheim gefallene Erbſchaft anzutreten, oder zu behalten, im mindeſten ſtreitig gemacht werden [m]).

Aus der, ſowohl den katholiſchen, als evangeliſchen Glaubensgenoſſen in den Reichsgeſetzen verſicherten völligen Gleichheit, iſt die gegründete Meynung verſchiedener angeſehenen Rechtslehrer zu erklären, daß bey dem Mangel beſonderer Eheverträge [n]), dem Vater der Regel nach die Wahl der

„oder wider ihre Obrigkeit in Schutz und Schirm „nehmen, noch vertheydigen in keinem Weg. Und „ſoll hiemit denjenigen, ſo hievor von Alters Schutz- „und Schirm-Herrn anzunehmen gehabt, hiedurch „nichts benommen, und dieſelbige nicht gemeynet „ſeyn.“

l) Eiſenhart in dem fünften Theil der Rechtshändel *n.* 12.

m) Gerſtlachers rechtliche und mit neuen Beweiſen verſehene Unterſuchung: Ob ein katholiſcher Ordensgeiſtlicher, wenn er mit Verlaſſung des Ordens zur evangeliſchen Kirche getreten iſt, wiederum Erbſchafts-fähig ſey und von dem zu beobachtenden rechtlichen Verfahren. Carlsruhe 1771.

n) Daß einem Vater unter allen Umſtänden die Befugniß, ſich des ihm zuſtehenden Rechts zu begeben, oder mittelſt Vertrags feſtzuſetzen, daß die Kinder entweder überhaupt, oder die Töchter wenigſtens, in der Religion der Mutter erzogen werden ſollen, frey bleibe, iſt keinem Zweifel unterworfen, ſ. BOEHMER *in Iur. Eccl. Proteſt. Lib.* 3. *Tit.* 42. §. 5.

ESTOR

der Religion, worin er ſeine Kinder erziehen laſſen wolle, frey bleiben müſſe °). Es verſtehet ſich inzwiſchen hiebey von ſelbſt, daß die Wahl des Vaters, oder der Mutter, wenn ſie der letzteren nach den Eheverträgen zuſtehet, der Gewiſſensfreyheit der Kinder unter keinen Umſtänden nachtheilig seyn dürfe, vielmehr den letzteren, wenn ſie zu vernünftigen Jahren, oder zu dem ſogenannten anno diſcretionis gekommen ſind, worunter man bey den Proteſtanten gewöhnlich das zurückgelegte ſechszehnte Jahr zu verſtehen pfleget p), frey ſtehen müſſe, eine

ESTOR *in Iur. publ. Eccl. Prot. c.* 14. §. 16. PFAFFII *Inſt. Iur. Eccl. Prot. p.* 159.

o) Struben in dem erſten Theil der rechtl. Bedenken *n.* 144. Daß auch ein Landesherr allerdings befugt ſey, eine Verordnung zu machen, vermöge deren die aus einer Ehe vermiſchter Religion erzeugte Kinder dergeſtalt abgetheilet werden, daß die Söhne den Glauben des Vaters, die Töchter den der Mutter, mit Vorbehalt ihrer Gewiſſensfreyheit, wenn ſie zu verſtändigen Jahren gekommen ſind, annehmen, iſt keinem Zweifel unterworfen, ſ. von Zwierlein a. O.

p) Die hierunter zwiſchen den Katholiken und Evangeliſchen vorgeweſene Differentzien, oder die Streitigkeiten über die Frage: Ob der annus diſcretionis jedesmahl in indiuiduo zu beurtheilen, oder vielmehr ein gewiſſes Jahr, und welches beſonders, feſtzuſetzen ſey? findet man bey MEIERN *in Act. pac. ex. P.* 2. *p.* 804. 812. 813. 815. 825. 871. In der Materie von Eydesleiſtungen wird das zurückgelegte vierzehnte Jahr als der annus diſcretionis angeſehen. *C.* 15. *C.* 22. *q.* 5. In Sachſen ſiehet man das zurückgelegte achtzehnte Jahr dafür an, wenn nicht von

eine andere Religion, als worin ſie nach dem Willen ihrer Eltern, oder ihres Vaters anfänglich waren erzogen worden, anzunehmen [q]).

Wann gleich nach den Grundſätzen des Canoniſchen Rechts, nach denen bekanntlich die Ehe für ein Sacrament zu achten [r]), die Proteſtanten keine eigentliche Ehen, oder ſogenannte matrimonia rata ſchlieſſen können [s]), ſo hat es dennoch vermöge der den beyden Religions-Verwandten verſicherten völligen Religions-Gleichheit, keinen Zweifel, daß jener Grundſatz des Canoniſchen Rechts im deutſchen Reich nirgends weiter einige Anwendung finden dürfe [t]), ſo wie er auch bekanntlich in andern Ländern, und zwar noch neulich in Frankreich, vermöge der dem Könige in Kir-

von Ehe- und Schwängerungsſachen die Rede iſt, als in welchen es bey dem vollendeten ſechszehenten Jahre das Bewenden behält. SCHAVMBVRG *Princip. Prax. Iurid. iudiciar. Lib. 1. Sect. 1. membr. 5.* §. 20. In Ermangelung beſonderer Landes-Verordnungen pfleget man an allen Oertern und daher auch auſſer Sachſen das vollendete achtzehnte Jahr des Alters bey einem jeden, der im Gericht einen Eyd leiſten ſoll, zu erfodern. WERNHER *P. 1. Obſ. 336.*

q) BOEHMER *Tom. 1. Reſp.* 1. 2. 3. Struben a. O.

r) *C. 9. X. de haered.* I. H. BOEHMER *in Inſt. Iur. Canon. Lib. 4. Tit. 1.* §. 1.

s) *C. 17. C. 28. q. 1. C. 7. X. de haeret.*

t) G. L. BOEHMER *in Princip. Iur. Canonici ſpeciatim Eccleſiaſt. Proteſt.* §. 399.

Kirchenſachen zuſtehenden Gewalt [u]), gänzlich aufgehoben worden. Es iſt daher die Ehe eines Katholicken mit einer Proteſtantin und umgekehrt die Ehe eines Proteſtanten mit einer katholiſchen Frauensperſon, der Regel nach für eine gültige und rechtmäßige Ehe, die alle gewöhnliche und geſetzliche Folgen hat, zu halten, im Fall anders derſelben keine andere Mängel, als die bloße Verſchiedenheit der Religion, entgegen ſtehen [x]).

u) Herrn Juſtitzrath Tozens Einleitung zur allgemeinen u. beſonderen Europäiſchen Staatskunde, im erſten Theil im 4ten Hauptſtück §. 51. *p.* 302.

x) Die Beyträge zur juriſtiſchen Litteratur in den Preußiſchen Staaten, dritte Sammlung 1779. n. 8.

L.

Vom Urſprunge der Scharfrichter in Deutſchland, und ihren vorzüglichſten Pflichten und Gerechtſamen [a]).

Bey den Römern waren die eigentlichen Carnifices von den Lictoribus ſowohl in ihren Amtsverrichtungen, als Rechten, gar ſehr unterſchieden [b]). Denn, wie jene bey den Lictoribus auf die Strafen mit Ruthe und Beil eingeſchränket waren, auch die Lictores am meiſten nur zur Beſtrafung unruhiger römiſcher Bürger gebrauchet wurden, ſo pflegten hingegen die Carnifices alle

a) Obwohl dieſe Materie bereits in der im Jahr 1772 von mir herausgekommenen Sammlung kleiner juriſtiſcher Schriften befindlich iſt, ſo habe ich derſelben gleichwohl theils wegen vieler nothwendig geweſenen Verbeſſerungen, theils aber, weil jene Sammlung bereits vergriffen iſt, hier einen Platz einräumen wollen.

b) Der *Lictor* wurde bey den Römern nämlich niemal zu den Seruis, vielmehr zu den ciuibus gerechnet, trug eine Togam, und durfte in der Stadt wohnen, welches ſich alles bey den eigentlichen Carnificibus anders verhielte. BOEHMER *de executionis poenarum capitalium honeſtate. Halae* 1738. §. 22. 23. Dreyer in der Sammlung vermiſchter Abhandlungen im 2ten Theil S. 673. und in den Nebenſtunden S. 177.

alle Arten von peinlichen Strafen unter der Anordnung und Aufſicht der Triumvirorum Capitalium am meiſten auſſer der Stadt zu vollziehen [c]). Die eigentlichen Carnifices, die gewöhnlichermaßen Fremde waren, lebten bey den Römern in großer Verachtung. Denn ſie durften nicht in den Comitiis, oder den öffentlichen Verſammlungen der römiſchen Bürger erſcheinen, mußten auſſer der Stadt wohnen, und unterſchieden ſich bey ihren Amtsverrichtungen durch das Tragen eines beſonderen Glöckgens [d]) von andern. Der Carnifex, der auch zuweilen bey den Schriftſtellern Seruus publicus genannt wird [e]), war wiederum von den Speculatoribus noch gar ſehr unterſchieden [f]). Denn, die letzteren waren gewiſſermaßen als die Unterbedienten, oder Handlanger

c) Wann eine peinliche Strafe zuweilen auſſerordentlich in der Stadt vollzogen wurde, ſo pflegte man die Simulacra Deorum entweder zu bedecken, oder doch nach einem andern Ort zu bringen, ſ. PÜTTMANN *in aduerſar. Iur. vniu. Lib. 2. cap. 26. p.* 190.

d) Man pflegte die Carnifices auch viros Titinnaculos zu nennen, weil ſie eine Glocke trugen, um das Volk zu warnen, ſich in acht zu nehmen. Zur Urſache, daß die Carnifices bey den Römern auſſer der Stadt wohnen mußten, geben die Römiſchen Schriftſteller gewöhnlich dieſe an, ne inde contaminarentur ciues. BOEHMER *cit. Diſſ.* §. 16.

e) *Vell. Paterc. lib.* 2. *hiſt. Rom. c.* 19. *Valerius Lib.* 3. *c.* 2. *Tit.* 29.

f) MOLLER *de Speculatoribus Traj. ad Rhen.* 1771. BOEHMER *cit. Diſſ.* §. 36.

ſanger der erſteren in einigen Fällen anzuſehen, und pflegten ſich die panniculiaria, oder die Kleidung und dasjenige, was der verurtheilte Miſſethäter mit in das Gefängniß gebracht hatte, anzumaßen wenn ſolche nicht den Werth von fünf Goldgulden überſtiegen [g]). Unter den Kaiſern geſchahe die Vollziehung peinlicher Urtheile unter Aufſicht des Centurionis von den Soldaten [h]).

Die alten Deutſchen hingegen hatten, was die Verfaſſung der Vollſtreckung peinlicher Strafen anlanget, ſehr unterſchiedene Grundſätze. Denn, an ſtatt beſondere Perſonen zur Vollziehung peinlicher Urtheile anzuſetzen, oder dieſelben wohl gar deshalb vor unredlich zu halten, lag die Pflicht, die peinlichen Urtheile zu vollziehen, zuweilen den Prieſtern ob, beſonders in Abſicht ſolcher Verbrechen, die im Kriege, oder in den Comitiis begangen waren. Sie wurden dieſerhalb auch Gottes Frohnen genannt. Häufig vollzog der jüngſte Gerichtsſchöpfe die peinlichen Urtheile, und man pflegte ihn wegen ſeiner letzten Stimme, die er bey der Entſcheidung hatte und von der ihm obliegenden Eröfnung der peinlichen Urtheile

g) FERD. AVG. HOMMEL *de pannicularis (occaſ. L. 6. de bon. damnat.) caeteriſque damnator. bon. vt et de expenſ. criminal. e bon. reor. vel ſubditor. ſubminiſtrand. Lipſ.* 1745. §. 7.

h) PÜTTMANN *in Element. Iur. Criminal.* §. 715.

Urtheile den Nachrichter zu nennen [i]). Man findet inzwiſchen Beyſpiele, daß die Deutſchen die Vollziehung peinlicher Strafen dem Ankläger, dem nächſten, oder älteſten Schwerdtmagen des Beleidigten, oder auch wohl gar den Mitſchuldigen und andern Verbrechern, überlaſſen haben [k]). Die Verrichtungen eines Scharfrichters wurden bey den alten Deutſchen ſo wenig vor ſchimpflich angeſehen, daß vielmehr, nach dem Zeugniß verſchiedener Geſchichtſchreiber, ſogar deutſche Fürſten und regierende Landesherren ſolche freywillig übernommen haben. Unter andern behaupten die Geſchichtſchreiber [l]), daß der Herzog Hinrich von Mecklenburg, Herzog Alberts Sohn [m]), um

i) MEINDERS *de Iudic. centenar. et centumuiral. ſiue criminalibus et ciuilibus Germanor. inprimis Francorum et Saxon. vulgo* Von den Zentgerichten der alten Deutſchen. Lemgo 1715. Cap. 5. §. 29. Dreyer in der angezogenen Abhandlung.

k) WILLENBERG *de delinquent. ad officium carnificis condemnato.* BOEHMER *cit. Diſſ.* §. 40.

l) Krantz *in Vandal.* B. 5. C. 32. auch B. 9. C. 8. S. 316. Frank im alten und neuen Mecklenburg B. 7. C. 1. §. 6. Klüver in der Beſchreibung des Herzogthums Mecklenburg S. 533.

m) Der bemeldete Herzog wird von den Geſchichtſchreibern bald der Erſte, bald der Fünfte, und bald der Achte genannt. Denn, wenn man mit Franken in der Aufzählung Mecklenburgiſcher Fürſten, die den Namen Hinrich geführet haben, die Burewine, den Pilger und Hinrich den Löwen

um den Ermahnungen ſeines Vaters möglichſt ein Genüge zu thun, und das Land von Straßenräubern zu reinigen, ſich keine Mühe habe verdrieſſen laſſen, die Freybeuter in ihren Schlupfwinkeln aufzuſuchen, unvermuthet anzuſprengen und ſie auf der Stelle zu beſtrafen. Man erzählet, daß er, um ſein Vorhaben ohne Aufenthalt ins Werk ſetzen zu können, allezeit einen Vorrath von Stricken an dem Sattel geführet, und bey Ertappung der Räuber ihnen ſofort den Strick um den Hals mit den Worten: du moiſt my durch den Ring kieken, geworfen habe. Man will, daß auch Kirchen und andere heilige Oerter den Räubern keine Freyſtatt vor den Verfolgungen des Fürſten gegeben, und daß die bemeldeten Verrichtungen ihm den Beynamen eines Scharfrichters, oder Henkers zu Wege gebracht haben. Man hat ihm zu Dobberan, allwo er begraben liegt, zum Andenken ſeiner angeblichen Thaten, folgende beſondere Grabſchrift gemacht u):

Ccc 2 Nobilis

wen auslåßt, ſo muß man freylich von ihm anfangen, und ſodann iſt er der erſte. Rechnet man aber mit Buchholzen die vier genannte Fürſten dazu, ſo iſt er der Fünfte. Zählet man auſſer dieſen noch Hinrich Burewin den Dritten, deſſen Sohn Hinrich und den Vater Bruder jenes Hinrichs, der im Jahr 1321. ſtarb, mit dazu, ſo iſt er der Achte.

u) LOCHNER *in Singular. quibusd. Mecklenb.* §. 12. Hübners hiſtoriſche Fragen B. 5. S. 556. *Memorabilia Templi Dobberanenſis.*

Nobilis Henricus Magnopolis pacis amicus,
Defunčto patre jam cum Magno Duce fratre
Coepit regnare per regnum ſtrenue, gnare
Forte Scholis didicit male doctos quomodo vicit,
Pax et juſtitia fuit ejus Philoſophia,
Per quam purgata ſtetit ejus Publica ſtrata.
Tute mercator iuit quiuisque viator
Tectos ſub laruis nequam ſyluis vel inarmis
Noctibus errantes fractis domibusque locantes
Sub doliis gentes et earum res rapientes
Inueſtigauit, ſuſpendit vel gladiauit,
His nunquam vere pacem permiſit habere
Non obdormiuit ablatiuos, vbi ſciuit
Eccleſiae poſtes ſubit et lucis rapit hoſtes
Noluit ad regimen patriae committere crimen
Intulit tamen ipſe clauſtris quandoque gravamen
Noſcitur expreſſe, quod erat ſibi ſaepe neceſſe
Hic grauiter cecidit, ſicut gens plurima vidit,
In torneamentis ſub equi mole prementis
Ducitur ad lectum, quem viſit plebs ibi tectum
Cernitur vrina, nil juuit eum medicina
Flet populus moritur, juxta patrem ſepelitur
De quo gaudebat mala gens, ſed juſta dolebat.
Sicut viuentes ſic ſunt ſocii morientes
Quorum majeſtas nihil eſt modo ſiue poteſtas
Liquit eas rerum ſubſtantia pompa dierum
In tenebris vermes lacerant nudos et inermes
Sed quae geſſerunt hinc ſecum nulla tulerunt
Eſto Deus lenis pie judex his ſine poenis

Ducet

Ducet eos pone ſimul in vitae regione
Nate, Pater flamen ſacer hoc fac poſcimus,
Amen.

Man findet zugleich folgende deutſche fehlerhafte Ueberſetzung:

Heinrich der Edle nachs Vaterm Todt
Mit ſeinem Bruder Magnus gut
Das Land regiert mannhaft löblich
Hat auch ſeine Sache ſtudirt zugleich
Fried und Gerechtigkeit dabey
War ſeine liebſte Philoſophey
Der Kaufmann ſicher reiſen konnt,
Mörder, Räuber und ſolch Geſind
Hat er verfolgt, erhenkt, ermordt,
Kein Raum ihn gelaſſen an keinem Ort
Auszutilgen ſolch böß Geſchmeiß
Hat er geſpart keinen Fleiß,
Regieret zwar wohl, aber doch faſt
That Klöſtern zuweilen Ueberlaſt.
Zuletzt iſt er unter ſeinem Pferd
Beym Geſchütz gefallen auf der Erd,
Zu Bett getragen, der Harn beſehn
Viel Fleiß und Müh an Ihm geſchehn
Doch alles vergebens, er iſt geſtorben
Und bey ſeinem Vater begraben worden
Vielen wars lieb und vielen leyd
Wie gemeiniglich iſt der Welt Beſcheid
So als die Leut gelebet han
Seyn ſie, wenn ſie ſcheiden davon
Ihr Pracht und Hoheit müſſen ſie
Auf Erden hinterlaſſen hie

 Die

Die Würmer ſie freſſen nackt und bloß
Nichts mit ſich nehmen klein und groß
Gott ſey ihnen gnädig allzumahl
Und frey Sie von der Höllen Quahl
Im Himmel laß ſie gehn zuſammen
O Gott verley Ihnen ſolchs Amen.
Im Jahr 1400.

Nach vorſtehender Grabſchrift ſcheinet es nun zwar keinen Zweifel zu haben, daß der oft bemeldete Herzog Hinrich eigentliche Henkerverrichtungen unmittelbar übernommen habe. Allein, dieſem allen ohngeachtet, iſt meinem Bedünken nach, gleichwohl die ganze Sache in Abſicht ihrer Richtigkeit noch ſehr zu bezweifeln. Denn, alle diejenigen Geſchichtſchreiber, die ſolche vertheidigen, pflegen ſich auf den Krantz, der gleichwohl ſo wenig ein gleichzeitiger Geſchichtſchreiber iſt, als ſeine Quellen, woraus er geſchöpfet haben will, anführet, zu berufen. Aus dieſem Grunde bedienet ſich vermuthlich Buchholtz o) folgender gemäſſigten Ausdrücke: „Hinrich war ein eifriger „Verfolger der Straſſenräuber, welche er ohne „Barmherzigkeit zum Galgen verdammte.“ Andere wollen auch den Beynamen des Fürſten Hinrichs nicht gelten laſſen und behaupten, daß man ihm nicht ſowohl den Beynamen Suſpenſor, als vielmehr Superbus gegeben habe. Nach dem Zeugniß des Franck iſt es der bemeldete Fürſt Hinrich

o) In dem Verſuch der Geſchichte des Herzogthums Mecklenburg S. 325.

Hinrich von Mecklenburg nicht allein geweſen, der es ſeiner Würde nicht nachtheilig gehalten hat, in eigener Perſon Scharfrichter- und Henkerarbeiten zu verrichten, ſondern es ſoll auch der Herzog Otto von Lüneburg (mit dem ſchiefen Bein), der um dieſelbe Zeit, nämlich im Jahr 1380. und folgenden Jahren lebte, gleiche Geſchäfte übernommen haben. Franck [p]) berichtet von dieſem letzten Fürſten, daß er bey dem Mangel eines Stricks, den Räubern ſogar den Halſter ſeines Pferdes um den Hals geworfen habe. Noch andere angeſehene Fürſten im deutſchen Reich haben die angeſtellten Scharfrichter ebenfalls einer ganz vorzüglichen Gnade gewürdiget [q]).

Bey den Iſraeliten wurde die Steinigung von dem ganzen Volk zur Ausführung gebracht [r]) und eben daher erhellet, daß nach den Grundſätzen jener Völker die Vollſtreckung der Lebensſtrafen keinesweges vor ſchimpflich angeſehen worden ſey. Wenn gleich bey Mordthaten der Bluträcher das Recht hatte, dem Mörder und Todtſchläger, der ihm überliefert wurde und den er auſſerhalb der Freyſtatt antraf, auch ohne gerichtliche Unterſuchung und Warnung das Leben zu nehmen [s]), ſo

 wurden

p) A. O.

q) Oelrichs in der Nachricht von dem Leben und den Schriften des ehemahligen berühmten Preuß. Leib-Medici *D.* G. C. G. von der Mühlen.

r) V. B. Moſ. XVII. 7.

s) IV. B. Moſ. XXXV. 12. 19. 21. 24. 27. V. B. Moſ. XIX. 12.

wurden gleichwohl nach dem Moſaiſchen Geſetz zur Vollziehung peinlicher Strafen der Regel nach, keine beſondere Leute angeſetzet, vielmehr nach dem Unterſchied der Fälle die peinlichen Strafen von dem Ankläger, dem Richter, den Zeugen, oder den Kriegsknechten vollzogen, und zuweilen die Rache ſogar den nächſten Verwandten überlaſſen [t]).

Wenn es gleich ſehr ſcheinbar iſt, daß die heutige Anrüchtigkeit der Scharfrichter, die ſo wenig dem Moſaiſchen Geſetz, als den Sitten der alten Deutſchen gemäß iſt, zumal nach den letzteren ſogar Geiſtliche und Gerichtsſchöpfen Scharfrichter-Arbeiten verrichteten [u]), vorzüglich in den Ein-

t) BOEHMER *in cit. Diſſ.* §. 5 — 9. Moſaiſch peinliches Recht nebſt einer Vergleichung des heutigen peinlichen Rechts mit demſelben, Braunſchweig und Hildesheim 1778. §. 238.

u) So heißt es unter andern in einem gewiſſen Stadt-Recht von dem Amte des jüngſten Schöpfen: „Zu „ſiene Ambacht höret och, daß er de Verurthelten „zu den Galgen us ſoll vuren, und die Oegen mit „einem Tuche verbinden, den Galgen uffrichten, die „Leiter anlegen, den Dieb an die Leiter welzen, „und ze Jungſt, der an des Vogtes ſtadt iſt, „der nimmet in, und knupfet ime das Seil an „den Hals, und heinket in: ſo eime aber die Hand „verurtheilet wirdt, da ſoll der Stockwärter die „Barten haben, und der an des Vogtes ſtadt „da iſt, der hebt einen Huleinſchlegel uf, und „ſchlegt ihm die Handes ab — der an des Vogtes „ſtadt da iſt, der ſtichet die Oegen uß, die Hocken „ſchniedet er us, die Hobet ſchlecht er abe.“ S. den Ver-

Eindrücken, welche die Amtsverrichtungen der Scharfrichter verurſachen, ihren Grund haben [x]), ſo iſt es gleich wohl nicht zu läugnen, daß jene beſonders durch das Römiſche Recht zuerſt in Deutſchland eingeführet, und durch die angenommene Grundſätze des Canoniſchen Rechts völlig beſtätiget worden ſey [y]). Denn mit der Aufnahme des Römiſchen Rechts im vierzehnten Jahrhundert fingen die Gerichtsſchöpfen an, ſich der Vollziehung peinlicher Strafen zu entziehen, und das Amt eines Nachrichters mußte nothwendig in Verachtung kommen, da das Canoniſche Recht dem Scharfrichter eine Irregularität beylegte und überhaupt alle diejenigen, die in den Blutgerichten ſaſſen, ſowohl von der Tonſur, als von der Erwerbung geiſtlicher Beneficien gänzlich ausſchloß [z]). In dem ſechszehnten Jahrhundert finden ſich bereits verſchiedene Beyſpiele, daß die Vollziehung peinlicher Strafen gewiſſen Leuten als ein beſonderes Amt übertragen worden [a]). Aus den

Verſuch über die geſetzgebende Klugheit, Verbrechen ohne Strafen zu verhüten. Frf. und Leipzig 1778. S. 112. 113.

x) S. den eben angeführten Verſuch S. 111.

y) BOEHMER *ad* CARPZOV. *q.* 137. *Obſ.* 5.

z) *c.* 5. und 9. X. *ne Clerici vel monachi ſecular. negot.*

a) LUDWIG *T. V. Reliq. p.* 333. Grupen von dem Alterthum der Stadt Hannover S. 252. BOEHMER *cit. Diſſ.* §. 43. Dieſer berufet ſich inzwiſchen wegen Einführung der Scharfrichter ſchon auf Beyſpiele aus dem vierzehnten Jahrhundert.

den eingeführten Grundſätzen des Römiſchen und Canoniſchen Rechts in Deutſchland iſt es daher ohne Zwang zu erklären, warum der Reichsabſchied von 1530. es den Nachrichtern zu einer beſondern Pflicht macht, ſich durch ihre Kleider von andern auszuzeichnen [b]) und warum nach andern ſtatutariſchen Rechten dieſelben von Erlangung des Bürgerrechts und der Gewerbe ausgeſchloſſen, und dagegen angehalten werden, ſogar auſſerhalb der Stadt zu wohnen [c]). In den neueren Reichsgeſetzen iſt die vormalige Anrüchtigkeit, die den eigentlichen Scharfrichtern, oder Nachrichtern anklebte, gänzlich aufgehoben, und es kann ſo wenig ihnen die Erlangung des Bürgerrechts,

b) Tit. von Nachrichtern, allwo es folgendergeſtalt heißt: „es ſoll auch eine jede Obrigkeit ein fleiſ„ſiges Einſehen thun, daß ſich die Züchtiger, Nach„richter und Feldmeiſter, oder Abdecker mit ihrer „Kleidung tragen, damit ſie vor andern mögen er„kannt werden.“ Es iſt inzwiſchen dieſe Vorſchrift der Reichsgeſetze wegen der beſonderen Kleidung der Scharfrichter faſt völlig auſſer Gebrauch, und findet man ſeltene Beyſpiele ihrer Anwendung, ſ. LOBETHAN *in Syſt. Element. Iurispr. priuat. Rom. Germ. forenſ. Hal.* 1778. §. 953. Noch im Jahr 1517 erhielte der Scharfrichter zu Worms eine beſondere päbſtliche Erlaubniß, um jährlich einmal, jedoch nicht öffentlich das Abendmahl zu genieſſen. Nach einigen ſtatutariſchen Verordnungen iſt es noch heutiges Tages den Scharfrichtern nicht erlaubt, öffentlich mit andern Bürgern zu communiciren.

c) BERGER *in Oeconom. Iur. L.* 1. *Tit.* 2. *Th.* 13. *n.* 9.

rechts, nebſt der Zulaſſung zu Zünften und Handwerkern, als ihren Kindern die Erlernung eines Handwerks, oder eines andern ehrlichen Gewerbes ſtreitig gemacht werden [d]). Es verſtehet ſich inzwiſchen von ſelbſt, daß hier von ſolchen Scharfrichtern, die nicht zugleich Abdecker ſind, die Rede ſey. Denn, in Abſicht ſolcher Nachrichter, die zugleich Abdecker ſind [e]), hat es bey dem angeführ-

d) Reichsſchluß wegen der Handwerks-Mißbräuche von 1731. §. 4. und 5. „Demnach auch „allbereit in der Policey-Ordnung de A. 1548. Tit. „37. und 1577. Tit. 38. wegen gewiſſer Perſohnen „verſehen, daß deren Kinder von denen Gaffeln, „Aemtern, Gülten, Innungen, Zünfften und „Handwerkern nicht ausgeſchloſſen werden ſollen; „als hat es dabey ſein feſtes Bewenden und ſollen „berührte Conſtitutiones künftig durchgängig ge„nau befolget, nicht weniger auch die Kinder derer „Landgerichts- und Stadt-Knechte, wie auch derer „Gerichts-Frohn-Thürn-Holtz- und Feld-Hüter, „Todten-Gräber, Nachtwächter, Bettel-Vögten, „Gaſſen-Kehrer, Bach-Feger, Schäfer und der„gleichen, in Summa keine Profeßion und Hand„thierung, dann bloß die Schinder allein bis auf „deren zweyte Generation, in ſoferne allenfals die „erſtere eine andere ehrliche Lebensart erwählet, und „darinn mit denen ihren 30 Jahre lange continuiret „hätten, ausgenommen, verſtanden, und bey de„nen Handwerkern ohne weigerung zugelaſſen wer„den.“

e) Würde jedoch einem Scharfrichter die Cavillerey zwar mit verliehen ſeyn, inzwiſchen derſelbe ſich zum Abdecken des todten Viehes beſondere Leute oder Knechte halten, ſo verſtehet ſich von ſelbſt, daß unter ſolchen Umſtänden aller Vorwurf wegfallen müſſe.

geführten Reichsſchluß, nach denen die Schinder bis auf deren zwote Generation, nachdem die erſte eine andere ehrliche Lebensart erwählet, und darin mit den Ihrigen zum wenigſten an dreyßig Jahre fortfähret, von Innungen, Zünften und Gewerben ausgeſchloſſen werden, lediglich das Bewenden *f*). Nach dem Gerichtsgebrauch wird daher in Beyſtimmung der Reichsgeſetze einem Scharfrichter niemals verwehret, in der Stadt zu wohnen, ſich eine eigene Wohnung anzuſchaffen, und ſogar das Bürgerrecht zu erlangen. Eben ſo wenig iſt darüber ein gegründeter Zweifel, ob ein Scharfrichter ein gültiger Zeuge ſey und ob derſelbe in einem Teſtament zum Erben eingeſetzet, und ſogar einem Bruder und einer Schweſter vorgezogen

müſſe, ein Scharfrichter den Schindern nicht gleich geachtet werden könne, ihm auch ſodann die Fähigkeit, das Bürgerrecht in einer Stadt zu erlangen, bey dem Mangel entgegenſtehender Geſetze nicht abzuſprechen, am wenigſten aber ſeinen Kindern der Zugang zu Innungen und Zünften zu verſagen ſey, ſ. HOMMEL *Obſ.* 51.

f) Es mag aber gegentheils den Kindern eines Scharfrichters, der nicht zugleich Abdecker iſt, der Zugang zu Zünften und Innungen in keine Wege ſtreitig gemacht werden, ſ. das Kaiſerl. Patent vom 23. April 1772. wegen Abſtellung einiger Handwerks-Mißbräuche Art. 5. PLITT *Diſſert. de leuis notae macula ſecundum Ius Germanicum. Marburgi* 1784. Nach dieſem Patent ſcheinen ſogar die Kinder der Abdecker, wenn ſie anders die Lebensart ihrer Eltern nicht erwählen, zu Zünften und Innungen ebenfalls fähig zu ſeyn, ſ. PÜTTMANN §. 718.

gezogen werden könne? Denn dieſe Fragen werden heutiges Tages ohne Bedenken zum Beſten der Scharfrichter beantwortet [g]), und kein Rechtslehrer hält es mehr zweifelhaft, die Frage: Ob ein Scharfrichter, als eine perſona turpis im rechtlichen Verſtande anzuſehen ſey? zu verneinen [h]). Noch weniger mag der mit Scharfrichtern gepflogene Umgang, oder der bloße Gebrauch ihrer Werkzeuge, oder das Heirathen ihrer hinterlaſſenen Witwe, eine Art von Anrüchtigkeit bewirken [i]). Die heutigen Grundſätze, oder, daß der Nachrichter nicht für unredlich, oder anrüchtig zu halten [k]), weil er ein ſehr nützlicher Mann im Staat iſt, vertheidigte ſchon Luther [l]) bey

g) BERGER *c. l.* HOMMEL *Rhapſod. quaeſt. Obſ.* 151. HEINECC. *de leu. not. in opuſc. varior. Syllog. p.* 311. Den gegentheiligen Gebrauch an einigen Oertern vermöge der Reformations-Ordnung von 1564. Tit. 29. bemerket BOEHMER *cit. Diſſ.* §. 47.

h) PÜTTMANN *c. l.* §. 717.

i) SCHORCH *Reſp.* 77.

k) KAESTNER *de Carnifice fama non laborante.* BEYER *de eo, quod iuſtum eſt circa carnifices et excoriatores. Ien.* 1702. SCHORCH *Reſp.* 78. *n.* 5 — 6.

l) In ſeiner Poſtille übers Evangel. am 4ten Trinitatis Sonntage, allwo es heißt: „Darum „iſt Meiſter Hans ein ſehr nützer und darzu ein „barmherziger Mann; dann er ſteuret den Schalk, „daß er es nicht mehr thue, und wehret den an„dern, daß ſie es nicht nachthun. Denn für ihm „ſchlägt er den Kopf ab, den andern, hinter ihm, „dräuet

bey dem Anfange der von ihm geſchehenen Glaubens-Reinigung. Allein, ob dennoch die gegentheiligen Grundſätze nicht vielleicht wenigſtens entfernte Mittel werden könnten, die Laſterhaften von Begehung der Verbrechen abzuhalten? wäre wohl eine Frage, die um ſo mehr eine gründlichere Unterſuchung verdiente, als von den Römern, dieſen ſo klugen Völkern, wohl zu vermuthen ſtehet, daß ihre Meynung von der Anrüchtigkeit der Scharfrichter auf guten Gründen gebauet geweſen ſey. Denn, wenn man gleich zugeben kann, daß, um die Menſchen von Verbrechen abzuhalten, der Gedanke, dadurch in unehrlicher Leute Hände zu gerathen, nicht bey allen Laſterhaften gleich groß ſeyn mag, und bey vielen allererſt ein gewiſſer Schwung der Gedanken und eine nicht gemeine Seele dieſerhalb zum voraus geſetzet werden müſſe m), ſo würde doch im Allgemeinen nicht füglich geſaget werden können, daß er bey niemanden ein Mittel, ihn von Verbrechen abzuhalten, geweſen ſey. Ich bin vielmehr davon völlig überzeuget, daß auch ſogar die bloßen Vorurtheile, womit der gemeine Mann die Gerichtsbediente, beſonders den Scharfrichter und Schinder noch heutiges Tages anzuſehen pfleget, allerdings vielen Nutzen haben, auch zuweilen gleiche Furcht, als

„dräuet er, daß ſie ſich fürchten für den Schwerdt „und Friede halten; das iſt eine große Gnade und „eitel Barmherzigkeit.“

m) Der angeführte Verſuch über die geſetzgebende Klugheit, Verbrechen ohne Strafen zu verhüten. S. 110.

als die bevorſtehende Strafe ſelbſt verurſachet, hervorbringen, und dazu vielleicht mitwirken, daß Laſter und Verbrechen nicht allgemeiner werden. Ohnehin laſſen ſich überhaupt keine ſolche Mittel gedenken, die ſchlechterdings ſtark genug wären, die Entſtehung aller und jeder Verbrechen zu verhindern, und die nicht bey dieſem und jenem ihre Kraft verlöhren. Eine genauere Prüfung und weitere Nachforſchung, beſonders bey peinlichen Verhören, dürften vielleicht ergeben, daß vorſtehende Gedanken bey der Criminal-Geſetzgebung ſehr viele Aufmerſamkeit verdienten.

Die Befugniß, einen Scharfrichter zu beſtellen, gebühret der Gerichtsherrſchaft und iſt dahero, der Regel nach, für kein Regal zu achten [n]). Eben ſo pfleget die Cavillerey in Deutſchland gewöhnlich mit dem Scharfrichterdienſt verbunden zu ſeyn [o]), obwohl verſchiedene Rechtslehrer jene der Regel nach zu den Regalien gerechnet wiſſen wollen [p]).

Wenn man gleich unter der Benennung eines Scharfrichters im Allgemeinen meiſtentheils die-

n) COTHMANN *Vol.* 3. *Reſp.* 47. *n.* 154. Jargow in der Einl. der Lehre von den Regalien B. 1. C. 5. §. 24. ENGELBRECHT *Select. obſ. forenſ. Obſ.* 124. Struben in dem 2ten Theil der rechtl. Bedenken *n.* 72.

o) ZIEGLER *de Iur. maieſt. L.* 1. *c.* 3. §. 19. Struben in dem 2ten Theil der rechtl. Bedenken *n.* 72.

p) HELLFELD *in Repertor. Iur. priuat. P.* 2. *ſub voce* Cavillerey. Jargow, a. O.

diejenige Perſon zu verſtehen pfleget, die von der Obrigkeit dazu verordnet iſt, um die in peinlichen Fällen ausgeſprochene Urthel zur Vollziehung zu bringen [q]), ſo pfleget man gleichwohl heutiges Tages gewöhnlich unter dem eigentlichen Scharfrichter, dem Halbmeiſter, oder Henker und denen, die als Knechte bey den Scharfrichtern in Dienſten ſtehen, einen großen Unterſchied zu machen. Denn der eigentlichen Scharfrichter Pflicht beſtehet, der Regel nach, im Enthauptung der Uebelthäter, Anordnung und Aufſicht bey Vollziehung der Leibes- und Ehrenſtrafen. Wann Helm und Wapen zum Zeichen der verwirkten Ehre auf öffentlichen Schavot zerbrochen werden ſollen, oder einer im Bildniß zu enthaupten und für ehrlos zu erklären, oder ein Wiederruf und Urphede in eines Injurianten Namen zu thun, oder dem Verurtheilten die Hand vor der Tödtung abzuhauen iſt, ſo pflegen dieſe Verrichtungen den Scharfrichtern obzuliegen. Iſt mit dem Scharfrichterdienſt zugleich die Cavillerey verbunden, ſo lieget den Scharfrichtern ob, zu deren Beſtellung zwey tüchtige Knechte, wobey nach Mecklenburgſchen Landesgeſetzen ſoviel möglich, auf einheimiſche und ſolche Leute, die mit guten Päſſen verſehen ſind, das Augenmerk zu richten iſt, zu halten [r]). Durch dieſe pflegen die Scharfrichter die Able-

q) Grundſätze des deutſchen peinl. Rechts §. 552.

r) Der Mecklenburgiſche Landesgrundgeſetzliche Erbvergleich §. 345. und eine beſondere Landesherrliche Verordnung vom Jahr 1756.

Ableiderung des geſtorbenen Viehes[s]) und die Säuberung unreiner Oerter vorzunehmen. In Ermangelung eines beſonderen Untermeiſters laſſen die Scharfrichter die öffentliche Ausſtäupung der Verbrecher, die Strafe des Henkens, Räderns und Verbrennens, imgleichen das Verbrennen öffentlicher Schmäh- oder ketzeriſchen Schriften, das Anſchlagen der Namen der Verbrecher am Galgen, das Begraben der Leichname an ehrloſen Plätzen, das Todtſchlagen der Hunde bey vorhandener Gefahr und anderer abgängig gewordenen Hausthiere, am meiſten durch ihre Knechte, wiewohl unter ihrer Aufſicht, verrichten. Die Obliegenheiten der Scharfrichter und der ihnen dafür gebührende Lohn, ſind nach der ihnen bey dem Antritt ihres Dienſtes ertheilten Inſtruction am meiſten zu beurtheilen. Inhalts derſelben iſt auch vorzüglich zu beſtimmen, ob der Scharfrichter allein zu denjenigen Pflichten, die ihm nur in engerer Bedeutung obliegen, oder überhaupt zu allen denen, wozu ſonſt nur Halb- oder Untermeiſter verbunden ſind, gehalten werde. Auf die ihnen ertheilte

s) Nach neueren Verordnungen in **Mecklenburg** mögen die Landleute ihr an der Seuche geſtorbenes Vieh entweder ſelbſt abledern, oder durch andere ſichere Leute, ohne die eigentlichen Abdecker zu gebrauchen, ausbringen und abledern laſſen. Alles dieſes ſoll ihnen an ihrer Ehre allenthalben unnachtheilig und eine ſchimpfliche Vorrückung dieſerhalb mittelſt einer ſchweren Geld- und allenfals Leibesſtrafe geahndet werden, ſ. **die Landes-Verordnung vom 26ſten May 1777.**

ertheilte Inſtruction, auf eine getreue Amtsführung, ſowohl bey Vollziehung der Strafen, als dem Gebrauch der Marter, ferner auf eine genaue Verſchwiegenheit der Dinge, die ſie bey der Marter, oder ſonſt bey Verrichtung ihres Amts erfahren, und endlich auf einen ſtrengen Gehorſam gegen das peinliche Gericht, pflegen die Scharfrichter beſonders vereydet, und vor geſchehener Vereydung nicht leicht zu Amtsverrichtungen zugelaſſen zu werden. Ein einmal geleiſteter Amtseyd aber pfleget auf alle nachfolgende Verrichtungen, ohne daß in jedem beſonderen Fall eine Wiederholung nöthig wäre, Beziehung zu haben. Die Bambergſche Halsgerichts-Ordnung ſchreibet das Formular des Scharfrichter-Eydes genau vor [t]); in der Karoliniſchen peinlichen Gerichts-Ordnung aber findet man es zwar nicht; indeſſen

t) Art. IX. in den Worten: „Ich ſol und wil meines gnedigen Herrn von Bambergk und ſeiner genaden Stifft ſchaden warnen, frommen werben, in meinem Ampt getreulich dienen, peynlich fragen und ſtraffen, wie mir von ſeiner Gnaden weltlichen gewalt jedesmals bevolhen würdt, auch darumb nit mer dann zymlich belonung nemen, alles nach laut diſer Ordnung, was ich auch in peynlicher Frage höre, oder mir ſunſt in geheym zu halten, bevolhen wirdet, daſſelbig will ich nymant ferner eröffnen, auch on erlaubung genanntes meines gnedigen Herrn Hoffmeiſters, Marſchalks, oder Haußwoydts nyedert zyhen, und derſelben geſchefften und gebotten gehorſam und willig ſein, alles getreulich, und on allerley geverd, alſo helff mir Gott und die Heiligen.“

indeſſen hat es keinen Zweifel, daß die vorgängige Vereydung der Scharfrichter auch nach der letzteren nothwendig, und ſolchergeſtalt ſtillſchweigend beſtätiget worden ſey [u]). In Ermangelung eines beſonders angeſtellten Scharfrichters mag man ſich in vorkommenden Fall denſelben von einem nahgelegenen Ort erbitten, der aber ſodann auf die gegenwärtige, oder bevorſtehende Execution zu vereyden iſt.

Zu den beſonderen Rechten, oder Privilegien der Scharfrichter gehörte vordem, daß ſie angeführtermaßen die geſprochene Urthel eröffnen und verkündigen mußten, woher ſie auch den Namen **Nachrichter** erhielten; allein, die peinliche Gerichts-Ordnung verwirft dieſe Gewohnheit ausdrücklich und zählet ſie zu den unzuläſſigen und daher zu den eigentlichen Misbräuchen [x]). Dahingegen gehöret zu den gegründeten Gerechtſamen der Scharfrichter, daß ſie bey der Verrichtung ihres Amts völlige Sicherheit genieſſen und daß ſogar nach der peinlichen Gerichts-Ordnung auf dem Richtplatz öffentlich ausgerufen und bey Leib und

u) Art. 96. P. G. O. „Item wann der Beklagt endlich zu peynlicher ſtraff geurtheylt wirt, ſoll der „Richter an den Ortten da es gewonheyt, ſeinen „ſtab zerbrechen, und den Armen dem Nachrichter „bevelhen, und bei ſeinem Eydt gebieten, die „gegeben Urtheyl getrewlich zu volnziehen.“

x) Art. 218. P. G. O. in den Worten: „Item das „die Urtheyl durch den Nachrichter, und nit den „Richter oder Urtheiler ausgeſprochen und eröffnet werden.“

Gut verbothen werden ſolle, dem Scharfrichter keinerley Verhinderung zu machen, auch, wann es ihm mislünge, nicht Hand an ihm zu legen [y]). Wahrſcheinlich iſt das in der peinlichen Gerichts-Ordnung beſtätigte Friedausrufen zur Sicherheit der Scharfrichter von der Zeit an nothwendig geworden, als mit der Einführung des Römiſchen Rechts in Deutſchland die vormaligen Begriffe von der Anſtändigkeit, peinliche Urtheile zu vollziehen, aufhörten, und man an deren Statt die dazu beſonders angeſtellten Leute, oder Scharfrichter zu haſſen anfing, weil man ſie nun als ſolche Leute anſahe, die ums Lohns willen an den Martern und dem Blute der Sterbenden ſich vergnügten, und deren ordentliches Handwerk es mit ſich brachte, wehrloſe Menſchen, die ihnen keine Beleidigung zugefüget hatten, zu quälen. Das feyerliche Friedausrufen zur Sicherheit des Scharfrichters pfleget bey dem Mangel beſonderer Landesgeſetze heutiges Tages nur ſodann zu geſchehen, wenn gegründete Beſorgniſſe dazu eine Veranlaſſung geben [z]). Obwohl nach einigen ſtatutariſchen Rechten

y) Art. 97. P. G. O. „Item ſo der Richter nach der „endturtheyl ſein ſtab gebrochen hat, desgleichen „auch ſo der Nachrichter den Armen auff die Richt-„ſtat bringet, ſoll der Richter öffentlich ausruffen „oder verkünden laſſen und von der Oberkeyt wegen „bei Leib und gut gebieten, dem Nachrichter keyner-„ley Verhinderung zu thun auch ob jm mislüng nit „Handt anzulegen.“

z) Dieſe Beyträge *n. VII.*

Rechten die dem Scharfrichter zugefügte Gewaltthätigkeit am Leben und mit dem Verluſt der Güter zu beſtrafen iſt [a]), ſo wird doch in Entſtehung derſelben, der beſchriebene Unfug nach den Grundſätzen von Aufruhr und Gewaltthätigkeiten beſtraſet, meiſtentheils aber läſſet man es bey einer Leibesſtrafe bewenden, machet inzwiſchen dieſe ſofort bey der Verkündigung des Friedens namhaft.

Wenn es gleich als ein beſonderes Vorrecht der Scharfrichter angegeben zu werden pfleget, daß ſie bey vorgefallenen Entleibungen die Befugniß haben, den Wagen, worauf vielleicht der Selbſtmord geſchehen, das Pferd, das der Selbſtmörder ge-

Ddd 3 ritten,

a) Das Lübeckſche Recht Tit. 18. Art. 1. „Wenn „ſich jemand ſo keck dünken laſſen würde, er ſey jung „oder alt, der ſich an dem Bödel, oder Frohnen, „oder ſeinen Dienern in Verrichtung ſeines Amts „der Iuſtitien, unangeſehen, ob es ihm mislingen „möchte, mit der That, und Hand, in was Weiſe „ſolches geſchehen könnte, oder möchte, vergreiffen, „beſchädigen und verletzen, der oder dieſelben ſollen „mit ihren Helffern und Helffers Helffern, wo ſie „angeben und überwieſen, am Leben mit dem „Schwerdt geſtrafft werden,“ ſ. auch die Verdenſche Statuta beym PVFFENDORF *in Obſ. Iur. vniu. T. 1. ſtatut.* 160. „Vorhalede jemand einen „Rathman oder Rades Dener in der Stadt Denſte „mit ſcheldeworten, de ſchall in des Rades Broke „ſtaen, und bidden den Sakewolden dorch Gott, „dat he idt eme vorgeven will. Schlöge oder wun„dede averſt jemand einen Radtman oder Rades „Dener in der Stadt Denſte, ſin Liff und Gut „ſchall ſtaen in des Rades gewalt.“

ritten, ingleichen alles dasjenige, was an dem Ort, wo der Körper des Selbſtmörders befindlich iſt und dem letzteren eigenthümlich zugehöret hat, ſich anzumaßen, in ſoferne der Scharfrichter bey dem Körper ſtehend unten und oben, auch auf allen Seiten in dem Umfange, es mit ſeinem Richtſchwerdt erreichen kann [b]), ſo laſſen ſich gleichwohl dieſe Gerechtſame im Allgemeinen um ſo weniger vertheidigen, als nach der ausdrücklichen Vorſchrift der peinlichen Gerichts-Ordnung [c]) den Erben eines Selbſtmörders ihr Erbrecht allenthalben völlig ungekränkt und ohne die mindeſte Kürzung, oder Einſchränkung frey bleiben muß [d]). Vermöge dieſer Grundſätze mag einem Scharfrichter, der ſich in Abſicht der hinterlaſſenen Güter eines Selbſtmörders dieſe, oder jene Befugniß anmaßt, der Beweis einer etwanigen gegenſeitigen Obſervanz um ſo weniger freygelaſſen werden [e]), als derſelbe, wenn er auch nach aller Strenge geführet werden könnte, dennoch, was die Sache ſelbſt anlanget, vergeblich ſeyn würde, indem die Geſetze dergleichen angebliche Rechte des Scharfrichters

b) Doepler in dem Schauplatz der Leib- und Lebensſtrafen im 1ſten Theil Cap. 6. *n.* 85.

c) Art. 135. und Art. 218. P. G. O.

d) LUDOVICI *de iure carnificum in bona propricidar. Hal.* 1702. KOCH *Inſt. Iur. Crimin.* §. 518.

e) Die gegenſeitige Meynung vertheidigen FALCKNER *de autochiria* §. 14. ENGAU *in Element. Iur. Crimin.* §. 423. Meiſter im peinl. Proceß S. 137.

ters in keine Wege beſtätigen, vielmehr ſchlechterdings verwerfen [f]). Dagegen aber pfleget man dem Scharfrichter diejenige Kleidung, die ein Verurtheilter am Tage ſeiner Hinrichtung getragen hat, gewöhnlich nicht ſtreitig zu machen [g]).

Zu den beſonderen Privilegien der Scharfrichter kann man ferner rechnen, daß ſie in demjenigen Gerichtszwange, wobey ſie angeſtellet worden, nicht allein von Wachen, Frohn- und andern perſönlichen Dienſten, imgleichen den ſonſtigen gewöhnlichen Abgiften und Steuern der Regel nach befreyet ſind, auch allenfalls, wenn nach des Orts Verfaſſung öffentlich gebrauet werden muß, ihr eigen Bier brauen dürfen, ſondern auch die Voll-

f) Art. 135. P. G. O. in den Worten: „Wo ſich „aber eyn Perſon auſſerhalb obgemelter offenbaren „Urſachen, auch in Fällen, da er ſein Leib alleyn „verwirkt oder ſunſt aus Krankheytten des Leibes, „Melancolei, gebrechlichkeyt jrer Sin, oder ander „dergleichen Blödigkeiten ſelbſt töttet, derſelben er„ben ſollen deshalb an jrer erbſchaft nicht verhindert „werden, und darwider keyn alter gebrauch, ge„wonheyt oder ſatzung ſtatt haben, ſondern hiemit „revociret, caſſirt und abgethan ſein, und inn diſem „und andern dergleichen Fällen, unſer Keyſerlich ge„ſchriben Recht gehalten werden.“ S. auch den Art. 218. P. G. O. GERHARD *de Crimin. et poen. propricid.* §. 39. STRYCK *V. M. Pandect. Tit. de bon. eor. qui ante ſentent.* §. 2.

g) PÜTTMANN *in Element. Iur. Crimin.* §. 720. *n. b.*

ziehung peinlicher Strafen und die Anordnung der Folter ſich mit gänzlicher Ausſchließung anderer anmaßen können. An einigen Oertern haben die Scharfrichter an öffentlichen Markttagen, bey feyerlichen Begebenheiten, und bey Bekanntmachung obrigkeitlicher Verordnungen verſchiedene Gerechtſame und damit zugleich einige zugebilligte Vortheile. Nach den Lübeckſchen Rechten wird die dem Scharfrichter, ſeiner Familie und ſeinen Leuten zugefügte Beleidigung allemal doppelt beſtraft [h]). Die Strafe ſelbſt aber kann, nach den Bemerkungen der Ausleger, nach der Verſchiedenheit der Vergreifung und wie daraus großes Unheil, Mord und Aufruhr entſtanden iſt, zur Gefängniß- Leib- und Lebensſtrafe anwachſen [i]). Wenn gleich

h) Das Lübeckſche Recht Tit. 18. Art. 2. „Wenn „ſich jemand an ihm, ſeinem Weib und Knechten „in gerichtlichen bürgerlichen Sachen, im Vorladen, „Pfanden, und ſonſt ungebührlich erzeigen, und „verhalten würde, derſelbe ſoll mit doppelter Straf„fe beleget werden.“ Eben dieſes verordnet das Sächſiſche Landrecht *L.* 1. *Art.* 8. „Des „Frohnen Buß iſt auch zwiefältig und ſein wehrgeld „nach ſeiner Gebuhrt, nach der Zeit da er zum „Frohnboten gekohren wird.“ In der Gloſſe heißt es unter andern merklich: „Daß er Buß und wehr„geld zwiefach hat, daß nimmt er einmal von ſeiner „Perſon wegen, das andere mahl von ſeines Amptes „wegen.“

i) Stein in der Abhandlung des Lübſchen Rechts im 3ten Theil im 4ten Buch Tit. 18. §. 583.

gleich die peinliche Gerichts-Ordnung dem Scharfrichter erlaubet, nach geſchehener Execution die Frage an den Richter: Ob er recht gerichtet habe? ergehen zu laſſen, und die ihm zu ertheilende Antwort ebenfalls genau beſtimmet [k]), ſo iſt gleichwohl dieſe überflüſſige Förmlichkeit faſt ganz außer Gebrauch [l]), oder doch wenigſtens ohne Nutzen. Die Warnungs-Rede an die Zuſchauer nach einer vollzogenen Todesſtrafe pfleget heutiges Tages meiſtentheils von dem Prediger, oder dem Richter, nicht aber von dem Scharfrichter gehalten zu werden.

Außer den angeführten Rechten ſind die übrigen Befugniſſe der Scharfrichter am meiſten aus den ihnen ertheilten Inſtructionen zu beurtheilen, und darnach iſt auch die Frage: Ob dem Scharfrichter das Recht, von den Zentpflichtigen für ſich eine gewiſſe Abgabe zu begehren, zuſtehe? vorzüglich zu beantworten.

Andere geben dem Scharfrichter annoch das Recht, Arm- und Beinbrüche, auch andere kör-

 perliche

k) Art. 98. P. G. O. „Item wann dann der Nach„richter frägt ob er recht gericht hab, ſo ſoll derſel„big Richter ungefehrlich auff diſe Meynung ant„worten. So du gericht haſt, wie Urtheyl und „Recht geben hat, ſo laß ich es dabei bleiben.“

l) BOEHMER *ad art.* 98. *CC.* §. 1.

perliche Gebrechen zu heilen [m]); allein, es mag derſelbe ſich ſolches nur ſodann anmaßen, wenn er ſeine Geſchicklichkeit genugſam bewieſen und obrigkeitliche Vergünſtigung dazu erhalten hat. Dagegen aber iſt an den mehreſten Oertern die Gewohnheit, daß den Scharfrichtern, wenn ſie anders die Kunſt verſtehen, das Schneiden der Hunde und Katzen, wie auch überhaupt die Heilung der Thiere, wenn ſolche krank ſind, ausſchliesſungsweiſe überlaſſen zu werden pfleget. Nach dem Zeugniß einiger Rechtslehrer ſuccediren die Scharfrichter im Heergeräthe. Denn der älteſte Sohn eines Nachrichters bekommt das beſte Richtſchwerdt, die andern Söhne aber die übrigen, die noch vorhanden ſind [n]).

Daß auch ein Scharfrichter die Befugniß habe, ſeine Knechte nach Wohlgefallen anzunehmen und zu entlaſſen, auch ſie wegen ihrer Vergehungen, in ſoferne ſie nicht in eigentliche peinliche Verbrechen ausarten, unmittelbar zu beſtrafen, iſt keinem Zweifel unterworfen; inzwiſchen pflegen gewöhnlich in den mehreſten Ländern den Scharfrichtern bey der Annahme ihrer Knechte gewiſſe Einſchränkungen gemacht zu werden.

Den

m) Doepler a. O. *n*. 84.

n) RICHTER *de Succeſſ. ab inteſt. Sect.* 1. *membr.* 1. *n*. 56.

Den Urſprung der älteren und neueren Benennungen der Scharfrichter [o]) haben andere unterſuchet [p]), worauf ich daher den Leſer verweiſe, indem es mich zu weit von meinem Zweck abführen würde, wenn ich mich auch darauf einlaſſen wollte, zumal überdieß viele Benennungen leicht und ohne Mühe zu erklären ſind.

o) Die vorzüglichſten ſind: Frohnbote, Meiſter Hans, Meiſter Hämmerling, Meiſter Fix, Femer, Angſtmann, Freymann, der Frohn- oder Nothboth, das Peinlein, der Bödel, der Henker, der Züchtiger, der Feld- und Raſemeiſter und andere.

p) Doepler a. O. *n.* 7. BOEHMER *in cit. Diſſ.* §. 37. 38.

LI.

Ob der Inhalt, oder die Forme eines zugeſchobenen Eydes nach geſchehener Annahme des andern Theils annoch Abänderungen und Verbeſſerungen zulaſſe?

Es gehöret der Satz, daß die Annahme eines zugeſchobenen Eydes die Natur eines Vergleichs habe[a]), und daher die Zuſchiebung des Eydes überhaupt nur in denjenigen Fällen, da jener zuläſſig iſt, ſtatt finden könne [b]), zu den ausgemachten Rechtswahrheiten. Da nun ein Vergleich, ſobald er von den ſtreitenden Theilen genehmiget worden, einem jeden derſelben ein unwiederrufliches Recht giebet, und ſolchergeſtalt keine einſeitige Ausnahmen und Einſchränkungen weiter zuläßt [c]), ſo muß auch, allem Anſehen nach, ein gleiches von einem zugeſchobenen und demnächſt von dem andern Theile angenommenen Eyde

a) *L. 2. D. de iureiurando* v. Iuſiurandum ſpeciem transactionis continet. Eſtor in den Anfangsgründen des gemeinen und Reichsproceſſes, im 52ſten Titel §. 463.

b) *L. 31. de iureiur. L. 13. C. de reb. cred.*

c) *L. 39. C. de transact.* v. „Quamuis eum, qui „pactus eſt, ſtatim poeniteat; transactio tamen „reſcindi, et lis inſtaurari non poteſt, et qui „tibi ſuaſit, intra certum tempus licere a trans„actione recedere: falſum adſeueravit.“

Eyde gelten [d]). Es kann daher ſo wenig dieſer, als jener einſeitig weiter aufgerufen, oder durch obrigkeitliche Macht und Gewalt für unſtatthaft, oder unverbindlich erkläret werden [e]). Denn, wenn gleich bey einem zugeſchobenen Eyde es der eigenen Willkühr desjenigen, dem er aufgeleget worden, zu überlaſſen iſt, ob er ihn annehmen und abſchwören, oder zurückſchieben, oder ſein Gewiſſen, wie man zu reden pfleget, mit Beweis vertreten wolle, ſo ſchränket dieſe Befugniß, allem Anſehen nach, ſich gleichwohl lediglich auf den Fall ein, wenn noch keine förmliche Annahme des zugeſchobenen Eydes erfolget iſt, indem nach derſelben keine Einſchränkung weiter anwendlich werden kann [f]). Vermöge dieſer Grundſätze wollen angeſehene Rechtslehrer, daß nach erfolgter Annahme eines zugeſchobenen Eydes das officium judicis bloß mercenarium werde, und daher dem Richter nicht ferner erlaubt ſey, die Formel des Eydes zu verändern, andere Umſtände beyzufügen, oder auch nur anſtatt der von dem Beweisführer gewählten Ausdrücke, andere zu gebrauchen

d) CARPZOV. *P.* I. *conſt.* 12. *def.* 4.

e) *L.* 16. *C. de transact.* v. „Cauſas vel lites transactionibus legitimis finitas, imperiali reſcripto „reſuſcitari non oportet.“ HELLFELD *in Iurispr. forenſ.* §. 356.

f) MEV. *P.* 6. *Dec.* 167. WERNH. *P.* 8. *Obſ.* 444. SCHAVMBVRG *in Princip. prax. Iudiciar. Lib.* I. *Sect.* I. *membr.* 3. §. II.

chen [g]). Obzwar ſodann, wann die ſtreitigen Theile über die eigentliche Abfaſſung der Eydesformel ſich nicht vereinbaren können, ſolche der richterlichen Beſtimmung überlaſſen wird [h]), ſo ſcheinet gleichwohl, in Gemäßheit geſetzlicher Vorſchriften, alle richterliche Gewalt über die Forme, oder den Inhalt des aufgelegten Eydes ſodann von ſelbſt wegzufallen, wann dieſer von demjenigen, wider den bewieſen werden ſoll, angenommen worden [i]). Denn ſodann bewirket der zugeſchobene und zugleich angenommene Eyd, nach dem Zeugniß bewährter Rechtslehrer, eine Art von Gedinge, und mithin iſt nach deutſchen Sitten eine ſolche Verbindlichkeit vorhanden, von der man unter keinem Vorwande weiter einſeitig zurücktreten darf [k]).

Die

g) SCHAVMBVRG *c. l.* §. 18. *) v. „Notiſſimi „enim iuris eſt, hoc in argumento iudicis offi„cium mercenarium, et iuramentum in forma „delata vel per Sententiam praeſcripta praeſtan„dum, alias vero circumſtantias non intermi„ſcendas, nec alias voces ſubſtituendas eſſe.“ WERNH. *P.* 10. *Obſ.* 264.

h) *L.* 34. §. 5. *de Iureiur.* v. „Si de qualitate Iu„ramenti inter partes dubitatum, conceptio eius „arbitri iudicantis eſt.“ VOET. *ad Pandect. L.* 12. *Tit.* 2. §. 13. MENOCH *de A. I. Q. L.* 2. *c.* 189.

i) *L.* 3. §. 4. *de iureiur.* v. „Iurare autem opor„tet, vt delatum eſt iusiurandum.“ Vid. etiam cit. *L.* 2. *eod.*

k) Eſtor a. O. im erſten Theil, im 57ſten Titel §. 498. und 500.

Die bisher angeführten Grundſätze laſſen gleichwohl bey einer näheren Prüfung verſchiedene Ausnahmen und Einſchränkungen zu. Denn ſelbſt diejenigen Stellen des Römiſchen Rechts, auf die man ſich zum Beweiſe, daß nach geſchehener Annahme des zugeſchobenen Eydes keine weitere Veränderung in Abſicht des Inhalts und der ganzen Form deſſelben ſtatt finden könne, gewöhnlich zu berufen pfleget, ſetzen allemal ein vorgängiges rechtskräftiges richterliches Erkenntniß voraus [l]). Hieraus ergiebet ſich von ſelbſt, daß in Ermangelung eines ſolches Erkenntniſſes, dem Vergleich beyder Theile über den Inhalt des zugeſchobenen Eydes eine weſentliche, oder geſetzliche Beſtimmung fehle und daher ſo lange, als noch kein rechtskräftiges Erkenntniß wegen des zugeſchobenen Eydes vorhanden iſt, ſowohl den ſtreitenden Theilen der Wiederruf und etwanige Einſchränkung, als dem Richter die etwa nöthig befundene Verbeſſerungen frey ſtehen müſſen [m]). Bezöge daher der zugeſchobene und vielleicht vom Gegentheil bereits angenommene Eyd ſich entweder gänzlich, oder doch

l) *L.* II. *C. de Reb. Cred.* V. „Poſt definitam autem „ſententiam, quae prouocatione ſuſpenſa non „ſit, vel quae poſtquam fuit appellatum, corro„borata fuerit: nullo modo reuocare iuramen„tum, et iterum ad probationem venire cuiquam „concedimus: ne repetita lite, finis negotii, al„terius cauſae fiat exordium.“ *Add. L.* II. *C. de Sentent. et interlocut.*

m) Eſtor R. G. §. 500. *n.* 2.

doch zum theil, auf ſolche Dinge, die auf die Entſcheidung der Sache keinen Einfluß hätten, ſo leidet es keinen Zweifel, daß der geſchehenen Annahme des Eydes ohngeachtet, der Richter denſelben gleichwohl entweder ganz verwerfen, oder doch einſchränken und näher beſtimmen könne [n]). Unter den angeführten Umſtänden, da nämlich der zugeſchobene Eyd an und für ſich überflüßig und unnöthig befunden würde, kommt ſelbſt ein bereits vorhandenes rechtskräftiges richterliches Erkenntniß, wodurch der zugeſchobene Eyd beſtätiget worden, in keinem Betracht [o]), indem alle vergebliche Eyde, ſoviel immer möglich, zu vermeiden ſind, und es eine Pflicht des Richters iſt, dahin zu ſehen, daß keine ſolche Eyde geſchworen werden, bey denen entweder die Gefahr des Meyneydes vorhanden iſt, oder, woraus auch keine rechtsbeſtändige Folgen und Wirkungen zu erwarten ſind [p]).

Weil auch das Canoniſche Recht in der Materie von Eydesleiſtungen, ſowohl in katholiſchen, als in den proteſtantiſchen Gerichten, lediglich zur Entſcheidung dienet, und das Römiſche Recht demſelben darunter nachſtehen muß, ſo kann auch der in dem letzteren allein gegründete Lehrſatz, nach wel-

n) *Arg. c.* 26. *X. de iureiur.* LEYSER *Spec.* 137. *m.* 3. CRAMER *T.* 3. *Obſ.* 811.

o) WERNHER *T.* I. *P.* I. *Obſ.* 69. PVFENDORF *T.* 2. *Obſ.* 109. Seyfart im deutſchen Reichsproceß Cap. 15. §. 39.

p) *C.* 2. *X. de probat. c.* 9. *de Sentent. et re iudicat. L.* 34. *de iureiur.*

welchem ein zugeſchobener und von dem andern Theil bereits genehmigter Eyd die Natur eines Vergleichs hat und daher unwiederruflich wird, nur in ſoferne in unſern Gerichten zur Anwendung kommen, als er durch das Canoniſche Recht keine Einſchränkungen leidet [q]). Da nun nach dem letzteren ein Eyd niemahls ein vinculum iniquitatis seyn darf, vielmehr ſodann an und für ſich, oder ſchlechterdings unzuläßig iſt, wenn er die Beförderung der Wahrheit und Gerechtigkeit nicht zum Gegenſtande hat, oder derſelben wohl gar nachtheilig iſt [r]), ſo folget hieraus von ſelbſt, daß es bey einem zugeſchobenen Eyde und deſſen Ableiſtung heutiges Tages nicht ſowohl darauf, ob er von dem andern Theil angenommen und wohl gar von Gerichtswegen beſtätiget worden ſey, ankommen könne, als vielmehr beſonders nur dahin zu ſehen ſey, ob er diejenigen Eigenſchaften, die nach dem Canoniſchen Rechte zu einem rechtmäßigen Eyde erfodert werden, wirklich enthalte, oder nicht? Hieraus iſt, meinem Bedünken nach, der Gerichtsbrauch am füglichſten zu erklären, nach dem man einem ſolchen, dem ein Eyd zugeſchoben worden, den Beweis durch Zeugen und Urkunden auch ſodann annoch zu erlauben pfleget, wenn er gleich den

q) BOEHMER *in Iur. Eccl. Proteſt. c. l.* §. 23.

r) *C.* 2. *C. XXII. q.* 2. v. „animaduertendum eſt, „quod iusiurandum hos habeat comites, *veritatem, Iudicium* et *iuſtitiam*. Si iſta defuerint, „nequaquam erit iuramentum, ſed periurium.“

den zugeſchobenen Eyd bereits angenommen, und der Richter ihn vielleicht ſchon gar beſtätiget hätte, in ſoferne er anders ſeine vorherige Unwiſſenheit darüber eydlich zu erhärten im Stande iſt [s]). Um den Misbrauch der Eyde zu verhüten, (welches nicht genug empfohlen werden kann, und wogegen in unſern Zeiten mit gutem Grunde geeifert wird) [t]), mögte billig die angeführte eydliche Erhärtung der Unwiſſenheit in dem bemerkten Fall um ſomehr nachgelaſſen werden, als ſolche ſehr ſelten einigen Nutzen zu haben pfleget. In ſoferne daher bey dem nach geſchehener Annahme des zugeſchobenen Eydes erfolgtem Anbieten, den Beweis durch Zeugen, oder Brieſſchaften führen zu wollen, nicht eine ſichtbare Verzögerung der Rechtspflege zum Grunde lieget, welches billig der richterlichen Beurtheilung zu überlaſſen iſt, mögte es ge-

s) COCCEII *in Iur. Controu. Tit. de iureiur. quaeſt.* 26. WERNHER *T.* 2. *P.* 10. *Obſ.* 394. Struben in dem 4ten Theil der rechtl. Bedenken *n.* 2. MEV. *P.* 2. *Dec.* 93. *P.* 3. *Dec.* 201. Knorr in der gründlichen Anleitung zum gerichtlichen Proceß im 12ten Hauptſtück §. 10. Eine eydliche Erhärtung der Unwiſſenheit erfodert beſonders die Chur-Braunſchweigiſche Ober-Appellations-Gerichts-Ordnung im 2ten Theil Tit. 8. Sect. 3. §. 5. „Wann auch einer das ihm deferirte „Iurament einmal angenommen, vermag der De„ferente nicht davon wieder zurücktreten, er mögte „dann mit einem Eyde erhalten, daß ihm neue Mit„tel zum Beweiſe, die er zuvor nicht gehabt, oder „nicht gewußt, zukommen.

t) Oesfeld über die Eydesleiſtung. Berl. 1778.

gerathener ſeyn, ohne vorgängige Leiſtung des Eydes der Unwiſſenheit den angebotenen Beweis durch Zeugen, oder Urkunden zuzulaſſen u), zumahl durch letzteren die Beförderung der Wahrheit gewöhnlich beſſer, als durch die Eydesleiſtung geſchiehet, und daher dieſe nach den Grundſätzen des Canoniſchen Rechts jenen ſodann billig und unter allen Umſtänden nachſtehen muß. Aus gleicher Urſache, weil bey Eydesleiſtungen Inhalts der Vorſchriften des Canoniſchen Rechts auf die Beförderung der Wahrheit am meiſten zu ſehen iſt, mag auch derjenige, dem ein Eyd zurück geſchoben worden, wenn es dabey auf eines Dritten That ankommt, nicht ſchlechterdings de veritate zu ſchwören ſchuldig erkannt, ſondern vielmehr auf ſein Begehren zum iuramento de credulitate zugelaſſen werden x).

u) SCHAVMBVRG *c. l.* §. 11. als welcher merklich ſchreibet: „Verum non iuri ciuili ſolum, ſi a caſu „iam praeſtiti iuramenti, vel exiſtentis rei iudicatae, diſceſſeris, hic effectus incognitus eſt, „ſed et concedunt interpretes, cum probationes „nouiter repertas reuocationi locum dare, tum „iuſtum periurii metum, ſi hic probari poſſit, „excludere praeſtationem Iuramenti, vt ſic ſatius „ſit, absque limitatione revocationem concedere, „quam regulam, per limitationes deſtruendam, „conficere.“

x) *L.* 34. §. 8. *de iureiur.* „non ſemper autem conſonans eſt per omnia referri iusiurandum, quale defertur, forſitan ex diuerſitate rerum, vel „perſonarum in quibusdam emergentibus, quae „varietatem inducunt: ideoque, ſi quid tale in-„ci-

Nach dem Gerichtsbrauch gehören ferner zu denjenigen Fällen, da die Regel, daß die Annahme eines zugeſchobenen Eydes ſchlechterdings nicht wieder zurück genommen, oder eingeſchränket werden darf, ihre Abfälle und Ausnahmen leidet, auch noch dieſe: Wenn der Zuſchiebende die vorgängige Leiſtung des Eydes für Gefährde verweigert [y]); wenn derjenige, der den Eyd zugeſchoben hat, eine ſolche Perſon iſt, die mit einigem Rechtsbeſtande keinen Eyd zuſchieben kann [z]); wenn ſchon einmahl über eben denſelben Gegenſtand ein Haupteyd geſchworen worden [a]); wenn der Zuſchiebende den Eyd, ehe er von dem andern Theil angenommen worden, wiederrufet, und nun den Haupteyd von

„ciderit, officio Iudicis conceptio huiuscemodi „iurisiurandi terminetur.“ S. auch Struben in dem 4ten Theil der rechtl. Bedenken *n.* 183. LEYSER *cit. Spec. Coroll.* I. LAVTERBACH *de relatione iurisiurandi* §. 79.

y) *L.* 37. *de iureiur.* v. „Si non fuerit remiſſum „iusiurandum ab eo, qui detulerit, ſed de ca„lumnia non iuratur, conſequens eſt, vt debeat „denegari ei actio. Sibi enim imputet, qui pro„ceſſit ad delationem iurisiurandi, nec prius de „calumnia iurauit: vt ſit iſte remittenti ſimilis.“

z) *L.* 35. §. 1. *de iureiur.* v. „Prodigus ſi deferat „iusiurandum, audiendus non eſt. Idemque in „caeteris ſimilibus ei dicendum eſt, nam ſiue pro „pacto conuento, ſiue pro ſolutione, ſiue pro „iudicio hoc iusiurandum cedit, non ab aliis de„latum probari debet, quam qui ad haec habi„les ſunt.“

a) *L.* 18. *de iureiur.*

von neuem zuſchieben will [b]). Dagegen aber läſſet ſich der in den Gerichten faſt allenthalben angenommene Grundſatz, daß ein Eyd, der einem Verſtorbenen bey ſeinem Leben zugeſchoben worden, und wozu er ſich auch bereitwillig erkläret hatte, für geleiſtet angeſehen werden müſſe, wenn jener anders eines Verzugs nicht beſchuldiget werden kann, ſattſam rechtfertigen, denn er gründet ſich auf der Vermuthung, daß ein Sterbender ſich keine Verfälſchung der Wahrheit wiſſentlich werde zu Schulden kommen laſſen [c]). Ohnehin wollen die Geſetze, daß dasjenige der Regel nach als wirklich geleiſtet anzuſehen ſey, an deſſen wirklicher Leiſtung jemand, der dazu verbunden war, auch ſeine Bereitwilligkeit dazu erkläret hatte, ohne alle Schuld nachhin verhindert worden [d]).

Aus allem dieſem wird ſich daher die allgemeine Regel ziehen laſſen, daß der in dem Römiſchen Rechte gegründete Rechtsſatz: Daß die Annahme eines zugeſchobenen Eydes die Wirkung eines Vergleichs habe, und daher weder einen Wiederruf, noch eine Einſchränkung weiter zulaſſe, nur unter verſchiedenen näheren Beſtimmungen heutiges Tages zu vertheidigen und in unſern Gerichten anzuwenden ſey.

b) Eſtor a. O. im 62ſten Titel §. 535.

c) COCCEII *in iur. Controu. c. l. q.* 40. welcher auch diejenigen, die der gegenſeitigen Meynung zugethan ſind, zugleich anführet.

d) *L.* 39. *de Reg. Iur.* „in omnibus cauſis pro facto accipitur id, in quo per alium morae ſit, „quo minus fiat.“

LII.

Ob und in wieferne bey geringen Verbrechen die Beſtrafung auſſer dem wegen des Verbrechens zuſtändigen Gerichtszwange ſtatt finde?

Da es unſtreitig dem Endzweck einer jeden Beſtrafung am angemeſſenſten iſt, daß ſie an dem Ort, wo das Verbrechen begangen worden, vollzogen werde [a]), auch es überdieß weit leichter iſt, an ſolchem Orte die nöthigen Beweiſe und Nachrichten von den Hauptumſtänden der That zu erhalten, als an einem andern [b]), ſo iſt wohl hieraus am meiſten zu erläutern, warum ſowohl die Römer [c]), als

a) SCHROETER *Diſſ. de ſumend. ſupplicio in loco vbi delictum perpetratum ad L.* 28. *§.* 5. *de poen. Ien* 1756.

b) *Nouella* 69. *c.* 1. MEV. *P.* 2. *Dec.* 6. *n.* 4.

c) *L.* 1. *C. vbi de crimin. agi oport. L.* 7. *§. vlt. L.* 22. *de accuſat. L.* 7. *de cuſtod. reor. L.* 1. *C. de exhibend. et transmittend. reis. L.* 28. *§.* 15. *de poen. L.* 14 *C. ad L. Iul. de adulter. Nouell.* 17. *c.* 14. *Nouella* 69. *c.* 1. *Nouella* 134. *c.* 5. *Auth. qua in prouinc. C. vbi de crimin. agi oport.* Es ſind zwar Rechtslehrer, die theils mit Berufung auf den *L.* 2. *C. vbi de crimin. L.* 2. *C. de iurisdict.* behaupten, daß bey den Römern auch in peinlichen Fällen das forum domicilii gewöhnlich geweſen ſey,

ſ.

als auch die alten Deutſchen [d]) das forum delicti für den alleinigen zuſtändigen Gerichtszwang in peinlichen Fällen hielten, und die Ablieferung der Verbrecher nach dem Ort, wo die Miſſethat begangen worden war, für eine Art von Schuldigkeit erklärten [e]). In den folgenden Zeiten kam, vorzüglich durch das Anſehen der Gloſſenſchreiber [f]), die nämlich zu behaupten ſuchten, daß nach dem Römiſchen Rechte der Verbrecher aller Orten und alſo auch unter dem Gerichtszwange,

ſ. WESTENBERG *in Princip. Iuris ſecundum Ordinem Pandectarum Lib.* 5. *Tit.* 1. §. 99. theils aber wollen, daß die Römer auch ein beſonderes forum deprehenſionis gekannt hätten, ſ. *L.* 7. *de cuſtod. et exhibit reor. Nouella* 134. *c.* 1. BOEHMER *ad* CARPZOV. *q.* 110. *Obſ.* 13. PUTTMANN *in Elemen. Iur. Crimin.* §. 736. Die zum Beweiſe angeführten Geſetze ſcheinen jedoch dasjenige nicht zu beweiſen, was man aus ihnen herzuleiten ſuchet. ſ. **Meiſter in der ausführlichen Abhandlung des peinl. Proceſſes in Deutſchland im 5ten Theil im 1ſten Abſchnitt, im dreyzehnten Hauptſtück** § 2. 3. 4.

d) HEINECCIUS *in Element. Iur. Germanici Lib.* 3. *Tit.* 2. §. 78. BOEHMER *de delict. extra territor. admiſſis* §. 8. *p.* 13.

e) *L.* 7. §. 5. und 22. *de accuſat. et inſcr. L.* 7. und 11. *de cuſtod. et exhibit. reor. L.* 3. *D. de offic. praeſ.* Es wollen inzwiſchen andere Rechtslehrer, daß in geringen Verbrechen keine remiſſio ad forum delicti bey den Römern ſtatt gefunden habe, ſ. WINCOP. *de remiſſ. delinquent. delicti. Erford.* 1704.

f) *Ad L.* 1. *C. vbi de crimin. agi oport.*

ge, wo man ihn antraf, beſtrafet werden könne, ſowohl das ſogenannte forum deprehenſionis, als das forum domicilii, oder das Verfolgen des Verbrechers in ſeiner Heimat, auf. Bey dem letzteren wurde inzwiſchen allemal vorausgeſetzet, daß der Thäter bey der That nicht betroffen worden war, und ſolchergeſtalt in foro delicti nicht wider ihn verfahren werden konnte. Unter ſolchen Umſtänden ſtand es dem Beleidigten frey, bey dem Gerichtszwange, worunter der Verbrecher wohnte, die peinliche Anklage wider ihn zu erheben [g]. Vermöge dieſer Gewohnheiten wollen verſchiedene Rechtslehrer, daß das Römiſche Recht in peinlichen und Strafſachen, um die Zuſtändigkeit dieſes, oder jenes peinlichen Gerichtszwangs gehörig zu beſtimmen, heutiges Tages überall nicht weiter zur Entſcheidung dienen könne [h]), ſondern vielmehr ſowohl das forum delicti, als das forum domicilii und deprehenſionis in Abſicht des Verfahrens wider einen Angeſchuldigten gleiche Rechte haben, und daß bey dem Mangel eines befreyeten Gerichtsſtandes, die Prävention den Vorzug des einen, oder andern Gerichtszwanges lediglich beſtimmen müſſe [i]), auch ſolchergeſtalt und in Entſte-

g) Meiſter a. O. §. 3.

h) Mann in den rechtl. Anmerkungen von dem peinlichen Gerichtsſtande eines Verbrechers. Halle 1776. §. 13.

i) MANTZEL *Diſſ. de ciue inuoluntario maxime ex delicto. Roſtoch.* 1749. CRAMER *Obſ. Iur. vniu. T.* I. *Obſ.* 311. WINKOP *de remiſſ. delinquent. ad for. delicti. Erford.* 1704.

ſtehung der Prävention, die Wahl des Gerichts- zwanges, wo die Anklage erhoben werden ſoll, dem Ankläger der Regel nach zu überlaſſen ſey k).

Vermöge der genauen Vereinigung, worinn ſich alle Staaten in Deutſchland zur Erhaltung der allgemeinen Wohlfahrt, Ruhe und Sicherheit unter einander befinden, läßt ſich der heutige Gerichtsbrauch, nach welchem ein Verbrecher an allen Oertern, und daher auch auſſer dem Gebiet, wo er die Miſſethat begangen hat, zur Strafe gezogen werden könne und müſſe, mit Grunde rechtfertigen. Inhalts dieſer Grundſätze hat es daher nicht den mindeſten Zweifel, daß heutiges Tages ein jeder Angeſchuldigter, der eines Verbrechens, das die öffentliche Ruhe und Sicherheit ſtöhret, (wohin man beſonders Verrätherey, Todtſchläge, Mordthaten, Brand, Räubereyen, Diebſtähle, Betrügereyen und andere ähnliche Verbrechen, worauf die gemeinen Rechte im deutſchen Reich eine Strafe am Leibe oder Leben ſetzen, rechnen kann), beſchuldiget wird, auch auſſer dem Gerichtszwange, worunter die That begangen worden, oder an allen Oertern, wo er betreten wird, zur verdienten Strafe gezogen und ihm der Proceß gemacht werden könne. Es iſt aber eine ganz andere Frage: Ob auch wegen ſolcher Verbrechen, die nicht zu der angeführten Claſſe eigentlich zu rechnen ſind, oder, wo das gegebene Aergerniß ent-

k) Carrach in den rechtl. Urtheilen und Gutachten in peinlichen Sachen *n.* 94.

weder bloß local iſt, oder hauptſächlich nur von der Genugthuung des Beleidigten, oder doch von ſolchen Verbrechen, wo der Thäter nicht ſowohl am Leibe oder Leben, als vielmehr, wie man zu reden pfleget, nur bürgerlich zu beſtrafen iſt, der Richter des Orts, wo ein Verbrecher, oder Angeſchuldigter betreten wird, oder, wo er zu Hauſe gehöret, unaufgefodert ſich die Unterſuchung und Beſtrafung wider ihn anmaßen könne, wenn gleich das beſchriebene Verbrechen unter einem andern Gerichtszwange begangen wäre?

Daß nun ſodann, wenn der beleidigte Theil den Verbrecher in ſeiner Heimat verfolget und anklaget, die Gerichtsobrigkeit jenen hören und nach unterſuchter Anklage und den beygebrachten Beweiſen ſowohl auf die öffentliche als beſondere Genugthuung erkennen könne, iſt ſchon vermöge alter Gewohnheiten aus dem mittleren Zeitalter Deutſchlandes keinem Zweifel unterworfen. Allein, auch auſſer dieſem Fall, oder bey dem Mangel der Anklage, halte ich es ebenfalls nach den in Deutſchland geltenden Rechten unbedenklich, daß ein Gericht wider einen ſolchen, der ſich eines Verbrechens überhaupt verdächtig gemacht hat, wann ſolches gleich an einem andern Ort begangen worden, in Ermangelung des Anklägers, von Amtswegen verfahren könne, wenn jener ſich unter ſeinem Gerichtszwange betreten ließe [l]). Denn, da die

l) Art. 6. P. G. O. „Item ſo jemandt einer übel„that durch gemeynen Leumut, berüchtiget, oder „an-

die Geſetze das Verfahren von Amtswegen wider einen jeden Verbrecher bey dem Mangel des Anklagers erlauben, ſo iſt auch dieſe Regel billig ohne Einſchränkung anzuwendrn. Hieraus iſt es denn wohl am meiſten zu erklären, warum bey Ruchtbarwerdung gewiſſer an einem andern Orte begangener geringen Verbrechen die Obrigkeit des Orts, wo der Thäter betroffen wird, wider denſelben zu verfahren, und daher auch von einer Perſon, die ſich durch Unzucht anderswo ein Kind erworben und jetzo unter ihrer Gerichtsbarkeit nieder kommt, oder betreten wird, die gewöhnliche Hurenbrüche zu fodern pfleget m). So wenig ich nun auch den Gerichtsbrauch, nach welchem ſchon in

„andere glaubwürdige Anzeygung Verdacht und argwönig und derhalb durch die Oberkeyt von Ampt halben angenommen würde.“ Art. 214. P. G. O. „Und wo der Beſchedigt nit peinlich klagen wollt, ſo ſolt dannocht die Oberkeyt den Thätter nit deſtoweniger von Amptswegen rechtfertigen, und nach gelegenheyt der Perſon und überfarung ſtraffen laſſen.

m) Obwohl in Unzuchten das forum delicti eigentlich nur daſelbſt ſeyn kann, wo die Unzucht getrieben worden, nicht aber an dem Ort, wo die Geſchwächte niederkommt und gebieret, ſ. Meiſter a. O. §. 9. ſo findet ſich gleichwohl in den Braunſchweig-Lüneburgiſchen Landen hievon eine Ausnahme, indem daſelbſt bey der Hurerey das forum delicti von dem Orte der Niederkunſt, und nicht von dem Orte des Beyſchlafs abhänget. G. L. BOEHMER *de multtis ſtuprorum, praeſertim ſecundum Ius Brunſuico-Luneburgicum cap. 2.*

in geringen Verbrechen, deren Strafe nicht am Leibe, oder Leben gehet und vielleicht nur etwa in einer Geldbuße oder Gefängnißſtrafe beſtehet, das forum domicilii und deprehenſionis für zuſtändig geachtet wird, zu beſtreiten willens bin, indem er ſich auf geſetzlichen Vorſchriften gründet, ſo hat es gleichwohl auf der andern Seite keinen Zweifel, daß das forum delicti von dem foro deprehenſionis die Auslieferung eines ſolchen, der nur ein Verbrechen, worauf etwa nur eine Geldbuße oder Gefängnißſtrafe, keinesweges aber eine Strafe am Leibe oder Leben ſtehet, begangen hat, oder deſſen bezüchtiget wird, nicht füglich begehren könne [n]). Denn die Auslieferung ſetzet eine Feſtnehmung voraus; dieſe aber kann nicht ſtatt finden, wenn es an einem peinlichen Fall, der die Verſicherung der Perſon des Thäters nothwendig macht, ermangelt [o]). Dagegen aber mag bey dem Richter, unter deſſen Gerichtszwange ein ſolcher, der ein geringes Verbrechen begangen hat, betreten wird, mit

n) WINCOP *de remiſſ. delinquent. ad forum delicti. Erford.* 1704. STRYCK *in V. M. Lib.* 5. *Tit.* 1. §. 26. SCHORCH *in Reſponſ. et ſentent. Selečt. Erford.* 1770. *Reſp.* 100. *n.* 13.

o) Wenn gleich ſolche, die der Flucht halben verdächtig ſind, auch geringer Verbrechen halben zur gefänglichen Haft gebracht werden können, ſ. KOCH *Inſt. Iur. Crimin.* § 758., ſo wird gleichwohl dabey unter allen Umſtänden zum voraus geſetzet, daß ſolche Perſonen noch unter dem Gerichtszwange, worunter ſie Verbrechen begangen, gegenwärtig ſeyn müſſen.

mit Beſtande Rechtens darauf allerdings angetragen werden, daß er entweder ſein Amt wahrnehme und mit der Unterſuchung und Beſtrafung wider den Angeſchuldigten verfahre, oder auch dem letzteren aufgebe, ſich in dem foro delicti freywillig einzuſtellen und Urthel und Recht über ſich abzuwarten.

Die Regel inzwiſchen, vermöge deren auch geringer Verbrechen wegen, auſſer dem foro delicti, an dem Ort, wo der Angeſchuldigte betreten wird, wider ihn verfahren werden kann, leidet ſodann, wenn lediglich von ſolchen Verbrechen, die den Geſetzen und dem Gerichtsbrauche nach von Amtswegen nicht in Unterſuchung gezogen zu werden pflegen, die Rede iſt, ihre Ausnahmen, und es begehet der Richter des Orts, wo der Angeſchuldigte betreten wird, ſodann keinen Fehler, wenn er nicht wider denſelben verfähret. Zu dergleichen Ausnahmen gehöret zuvörderſt, wenn von einem Diebſtahl unter Eltern und Kindern, oder den nächſten Erben, die Rede iſt. Denn, da in dergleichen Fällen ſogar an dem Ort, wo das Verbrechen begangen worden, das Gericht nicht von Amtswegen verfahren darf, ſondern die erhobene Klage abwarten muß [p]), ſo hat es noch wenigeren Zweifel, daß der-

p) Art. 165. P. G. O. „Item ſo eyner auß leichtfertigkeyt oder unverſtandt etwas heimlichs nem „von güttern, der er ſunſt ein nechſter Erb iſt, oder „ſo ſich dergleichen zwiſchen Mann und Weib begeb, „und eyn Theyl den andern derhalb anklagen würde,

derjenige Richter, unter welchem ein ſolcher, der ſich den beſchriebenen Diebſtahl zu Schulden kommen laſſen, betreten wird, in Ermangelung der Anklage, wider denſelben nicht verfahren könne. Da man auch gemeiner Schmähreden wegen unter Leuten geringen Standes, bey denen ſich keine beſchwerende Umſtände befinden, oder, wegen eines bloſſen Verſuchs eines an und für ſich geringen Verbrechens, der die Gränzen einer Privatbeleidigung nicht überſchreitet, überhaupt nicht von Amtswegen zu verfahren pfleget, ſo ergiebet ſich daher von ſelbſt, daß derjenige Richter, unter dem der Angeſchuldigte ſodann betreten wird, in Ermangelung einer ordentlichen Klage wider ihn rechtsbeſtändigermaßen nicht verfahren könne. Im Fall auch von ſolchen Handlungen die Rede, die nur nach den Geſetzen eines Landes oder Ortes für Verbrechen zu halten, ſo pfleget dieſerhalb nicht leicht ein Verfahren von Amtswegen an einem andern Ort ſtatt zu finden. Auſſer dieſen Einſchränkungen aber hat es nicht den mindeſten Zweifel, daß ein jeder Richter wider einen Angeſchuldigten, der ſich

„de, ſollen Richter und vrtheiler mit entdeckung al„ler umbſtende bei den Rechtverſtendigen, und an „Orthen und enden wie zu endt diſer unſer Ordnung „angezeygt, Raths pflegen, auch erfaren, was inn „ſolchen Fällen das gemeyn Recht ſei, und ſich dar„nach halten. Doch ſoll die Oberkeyt oder „Richter in diſen Fällen von Amptswegen „nit klagen noch ſtrafen.

ſich unter einer andern Gerichtsbarkeit ein noch nicht unterſuchtes und beſtraftes Verbrechen zu Schulden kommen laſſen, oder wenigſtens deſſelben aus gegründeten Anzeigen bezüchtiget wird, verfahren und ihn ſtrafen könne, und daß dabey die Beſchaffenheit des Verbrechen, oder der Umſtand, ob den Geſetzen nach darauf eine harte, oder geringe Strafe hafte, eben ſo wenig, als die Urſache, warum etwa in dem foro delicti die Unterſuchung und Beſtrafung des Verbrechens bisher nicht erfolget iſt, in Betracht gezogen werden dürfe.

LIII.

Die Trüglichkeit des Satzes: daß das Canoniſche Recht vor dem Juſtinianeiſchen unter allen Umſtänden in den proteſtantiſchen Gerichten den Vorzug habe, in einigen auffallenden Beyſpielen gezeiget.

Der Satz, daß bey dem Mangel einländiſcher Geſetze und Gewohnheiten, ſowohl das Juſtinianeiſche [a]), als das Canoniſche Recht, in den deutſchen Gerichten eine allgemeine, aber auch gleich verbindliche Kraft haben, gehöret billig zu den ausgemachten und daher unbeſtrittenen Rechtswahrheiten. Denn, beyde Geſetzbücher ſind bekanntlich in den deutſchen Reichsgeſetzen theils ausdrücklich [b]) und nahmentlich, theils ſtillſchweigend

a) Daß freylich ein großer Theil des Römiſchen Geſetzbuches in unſern Gerichten nicht zur Anwendung komme, mithin von einem großen Theil deſſelben kein geſetzlicher Gebrauch zu machen ſey, vielmehr die Menge der Römiſchen Geſetze ſich leichtlich auf wenigere allgemeine Grundſätze bringen laſſe, hat der Herr Hofrath Schloſſer in dem Vorſchlage und Verſuch einer Verbeſſerung des deutſchen bürgerlichen Rechts ohne Abſchaffung des Römiſchen Geſetzbuchs. Leipzig 1777. zu zeigen ſich bemühet.

b) Reichshofraths-Ordnung Tit. 7. §. 24. „So „ſollen auch unſere Kaiſerliche Wahl-Capitulation, „alle Reichs-Abſchied, Cammergerichts-Ordnung, „Mün-

gend unter dem allgemeinen Ausdruck der gemeinen Rechte, beſtätiget worden [c]). Nur allein ein weſentlicher Unterſchied in den Religions-Grundſätzen und der Staatsverfaſſung, worauf ſich dieſe, oder jene Vorſchriften des Juſtinianeiſchen, oder Canoniſchen Rechts [d]) gründen, imgleichen entgegenſtehende einheimiſche Geſetze und genugſam bewieſene allgemeine, oder beſondere deutſche Gewohnheiten [e]), können den ſonſt ſich über-

„Münſter- und Osnabrügiſcher Friedensſchluß, „Reichs-Matricul, Concordata Nationis Germani„cae, *Corpus Iuris Ciuilis et Canonici*, und der „Stände Priuilegia auf der Reichshofraths-Tafel, „damit man ſich deren in Zweifelhaften gebrauchen „könne, ſtets vorhanden ſeyn und von ſelbiger nicht „verrückt werden.“

c) Kaiſerl. Kammergerichts-Ordnung Th. 1. Tit. 71. Neueſter Reichsabſchied §. 105.

d) THOMASIVS *de rect. formand. ſtat. controu. an Iur. peregrin. ſit frequens, an exiguus in for. german. vſus.* WESTPHAL *de Iur. Rom. diuerſ. indole et diuerſa rat. obligandi in for. apud Roman. et German.* I. H. BOEHMER *de media via in ſtud. et applicat. Iur. Canon. inter proteſt.*

e) STEIN *an et quatenus Iuri peregrino competat praerogatiua pro veteri Iure Germanico.* HEIDELMANN *de recept. Iur. peregrin. eiusdemque et legum veterum germanor. in foris vſu auctoritateque praeſente.* Daß inzwiſchen ſolche einzelne Gewohnheiten, die vor der Einführung des Römiſchen und Canoniſchen Rechts in dieſer und jener Provinz etwa eingeführet geweſen ſind, und ſich auf eine ganz unterſchiedene Gerichtsverfaſ-

 ſung

überhaupt, ſowohl über bürgerliche, als peinliche Fälle [f]) erſtreckenden Gebrauch jener Rechte, einſchränken. Denn, obgleich bey dem Anfange der Glaubens-Reinigung das Canoniſche, oder Päbſtliche Recht vom Luther zu Wittenberg verbrannt wurde, ſo hat doch dieſes etwas übereilte Verfahren, das zur Beförderung der angefangenen Glaubens-Reinigung nichts beytragen konnte, ſowenig damahls, als nachhin, einigen Beyfall gefunden [g]). Es hat ſich vielmehr der Gebrauch des Canoniſchen Rechts und deſſen Anſehen in Deutſchland auch nach der Glaubens-Verbeſſerung unter den Proteſtanten dem ohngeachtet erhalten [h]), wenn er nur der Gewiſſens-Freyheit und den durch den Religions- und weſtphäliſchen Frieden erworbenen Rechten der evangeliſchen Religion nicht nachtheilig iſt [i]). So wenig nun, unter den angeführten Ein-

ſung bezogen, den aufgenommenen fremden Rechten allemal nachſtehen müſſen, iſt keinem Zweifel unterworfen. HOMMEL *de proaedria leg. peregrin. pro Iur. patr. antiquo in for. Germanor.* CRAMER *de praeſumt. contra iura antiqua Germanorum.*

f) MEISTER *in Diſſert. de iur. Roman. crimin. in German. foris maxime hodiern. auctoritate Goet.* 1766. ſ. *eius Select. opuſc. n.* 1.

g) KIPPING *apologeticus pro Martino Luthero combuſti Iuris Canonici reo*, ſ. deſſen *Proluſiones Iur. eccleſiaſt. recte conſtituendi. Helmſt.* 1744.

h) Herr Kanzler von Selchow in der Geſchichte der in Teutſchland geltenden fremden und einheimiſchen Rechte im 2ten Th. im 3 Cap. §. 155.

i) STRVVE *in Introduct. ad prax. Iur. Canon. in foris Proteſtant.*

Einſchränkungen, auch über den Gebrauch des Canoniſchen Rechts in Deutſchland überhaupt gegründete Zweifel entſtehen können, ſo fehlet es doch nicht an Verſchiedenheit in den Meynungen, bey Beantwortung der Frage: Ob im Colliſionsfall, oder, wenn beyde Rechte ſich in ihren Vorſchriften widerſprechen, das Canoniſche, oder Römiſche Recht den Vorzug habe? Die gewöhnlichſte, oder die Meynung, daß ſodann der Regel nach das Canoniſche Recht den Vorzug habe [k]), hat beſonders für ſich, daß man ſeit den älteſten Zeiten in Deutſchland für das Canoniſche Recht ſtets günſtige Vorurtheile geheget und ſich überreden hat, daß es dem Zuſtande des deutſchen Reichs nicht allein an und für ſich beſſer, als das Römiſche angemeſſen ſey, ſondern auch die Grundſätze des letzteren weniger, als die des erſteren mit der Billigkeit übereinſtimmen. Hiezu kommt, daß das Canoniſche Recht, ob es gleich mit dem Römiſchen zu gleicher Zeit und in eben denſelben Reichsgeſetzen ausdrücklich beſtätiget worden, gleichwohl, wenigſtens einem groſſen Theile nach, weit länger, als das Römiſche, in Deutſchland bekannt geweſen iſt [l]). Andere Rechtslehrer unterſcheiden inzwiſchen unter ſolchen Ländern, die

k) HILDEBRAND *de proaedria Iur. Canon. prae Iur. Ciuili Alt.* 1697. FLOERCKE *de praerogatiua Iur. Canon. prae Iuſtinianeo. Ien.* 1722.

l) MATTHIAE *de praeſtant. Iur. Canon. prae ciuili.* PAGENSTECHER *de praeſtantia Iuris Canonici prae ciuili.*

einen geiſtlichen, und ſolchen, die einen weltlichen Fürſten zum Landesherrn haben, und ziehen in dieſen das Juſtinianeiſche, in jenen das Canoniſche Recht vor, es wäre dann, daß auch in den Landen Weltlicher Fürſten lediglich von bloſſen Kirchenſachen die Rede wäre, da denn freylich unter ſolchen Umſtänden das Canoniſche Recht der Regel nach lediglich den Vorzug behält [m]). Noch andere angeſehene Rechtslehrer ſehen bey der Beſtimmung des vorzüglichen Gebrauchs des Canoniſchen Rechts beſonders, oder am meiſten auf einzelne Fälle und beſtimmen ſolchen darnach vornehmlich [n]). Nach meinem wenigen Bedünken läßt ſich in Abſicht des angeblichen beſonderen Vorzugs des Canoniſchen, oder Juſtinianeiſchen Rechts in Deutſchland um ſoweniger etwas im Allgemeinen feſtſetzen, als beyde Rechte in den deutſchen Reichsgeſetzen zugleich ihre Beſtätigung erhalten haben, und darunter, ob beſonders das Canoniſche, oder Juſtinianeiſche Recht den Vorzug haben ſolle? nichts genau beſtimmet worden. Auch die oben zum Beweiſe des Vorzugs des Canoni-

m) HELLFELD *in hiſtor. Iur. c.* 4. §. 4. und *c.* 6. §. 54.

n) BOEHMER *in Praefat. 1ma ad Ius Parochiale de* 1701. Daß das Canoniſche Recht bey den Proteſtanten lediglich in Proceß- und Eheſachen gelte, behauptet, wiewohl ohne Grund, Schwarz in den Erinnerungen an die, welche ſich der Rechtsgelahrtheit auf eine gründliche Art widmen wollen, Lüneb. 1778.

noniſchen Rechts angeführten Gründe dürften bey näherer Prüfung noch vielen Einſchränkungen unterworfen ſeyn. Wenn ich nun gleich gerne zugebe, daß man in zweifelhaften Fällen eher die Vorſchriften des Canoniſchen, als des Juſtinianeiſchen Rechts annehmen müſſe, ſo ſtreitet gleichwohl der gewöhnliche Grundſatz, daß letzteres dem erſteren ſchlechterdings und unter allen Umſtänden nachſtehen müſſe °), wenigſtens zum Theil, mit dem Gerichtsbrauch, da nach demſelben es allerdings Beyſpiele giebet, in welchen das Juſtinianeiſche Recht den Vorzug vor dem Canoniſchen unläugbar behauptet. Fodert man hievon nähere Beweiſe, ſo glaube ich, meinen Satz durch verſchiedene Fälle, da beyde Rechte mit einander im Widerſpruch ſtehen, und da der Gerichtsbrauch ſich gleichwohl nach dem Römiſchen, oder Juſtinianeiſchen unläugbar richtet, führen zu können.

Hieher rechne ich zuvörderſt, daß nach dem Canoniſchen Rechte den Geiſtlichen ſchlechterdings verboten worden, mittelſt Verſprechens, oder Vertrags ſich einem fremden, oder einem weltlichen

°) Die einzelnen, oder beſonderen Fälle, da man nach einem unbeſtrittenen Gerichtsbrauch die Vorſchriften des Canoniſchen Rechts, wiewohl nur in ſofern, als ſie den Grundſätzen des Augſpurgiſchen Glaubensbekenntniſſes nicht zuwider ſind, bey den Proteſtanten annimmt, finden ſich auszugsweiſe in meinen *Principiis Iurisprudentiae eccleſiaſticae Germanicae, maxime Proteſtantium. Roſtock.* 1771. §. 81—89.

Richter überhaupt eigenmächtig zu unterwerfen [p]), und daß ſogar ein in dieſer Hinſicht geleiſteter Eyd völlig unkräftig und unverbindlich ſey [q]). Dieſe Stelle des Canoniſchen Rechts ſtehet mit einer aus-

p) *C.* 18. *X. de for. comp.* v. „Significaſti nobis, „quod P. clericus ad petitionem C. mercatoris „ſe tuae Iurisdictioni ſubiecit, ſi in termino „nunc elapſo de pecunia mutuata non ſatisfeciſ„ſet eidem. Inquiſitioni tuae taliter reſponde„mus, quod licet priuatorum conſenſus eum, „qui iurisdictioni praeeſſe dignoſcitur, ſuum „poſſit iudicem conſtituere, *clerici tamen in iu„dicem non ſuum* (niſi forte ſit perſona eccle„ſiaſtica, et epiſcopi dioeceſani voluntas acce„dat) *conſentire non poſſunt.*“

q) *C.* 12. *X. de foro comp.* v. „aſſeruiſti te vsque „ad haec tempora tenuiſſe, quod licitum ſit cle„rico renunciare ſaltem in temporalibus cauſis „iuri ſuo, et ſibi laicum iudicem conſtituere, „praeſertim vbi aduerſarii voluntas accedit: ac „temere iuramentum ſuper hoc interpoſitum „reſpondiſti: immemor conſtitutionis, qua ca„uetur, pacto priuatorum iuri publico minime „derogari. Cum ergo hoc Ius in Milevitano et „Carthaginenſi Conciliis ſit ſpecialiter promul„gatum, ne clerici clericos relicto ſuo pontifice „ad iudicia publica pertrahant, alioquin cauſam „perdant, et a communione habeantur extranei: „et tam epiſcopi quam Diaconi, ſeu quilibet „clerici in criminali, ſeu in ciuili negotio, ſi „derelicto eccleſiaſtico iudicio, publicis iudiciis „ſe purgare voluerint, etiamſi pro eis lata ſit „ſententia, locum ſuum amittant, et hoc in cri„minali actione: in ciuili vero perdant, quod „euicerint, ſi locum ſuum maluerint obtinere: „*Mani-*

ausdrücklichen Vorſchrift des Juſtinianeiſchen [r]), nach welcher die freywillige Unterwerfung unter einem ſonſt nicht zuſtändigen Richter (prorogatio Iurisdictionis voluntaria) der Willkühr eines jeden, beſonders aber auch eines Geiſtlichen, überlaſſen wird, in offenbarem Widerſpruch. Denn, nach dem letzteren wird ein ſolches Verſprechen, oder ein ſolcher Vertrag, nicht allein für gültig, ſondern auch ſchon die bloſſe Abſicht, davon einſeitig abgehen zu wollen, für völlig unerlaubt erkläret, weil es niemanden erlaubt ſeyn könne, wider ſeinen eingegangenen Vertrag zu handeln, und einen

„*Manifeſte patet, quod non ſolum inuiti, ſed* „*etiam voluntarii paciſci non poſſunt, vt ſecu-* „*laria iudicia ſubeant, cum non ſit beneficium* „*hoc perſonale, cui renunciari valeat, ſed po-* „*tius toti collegio eccleſiaſtico ſit publice indul-* „*tum: cui priuatorum pactio derogare non* „*poteſt. Nec iuramentum licite ſeruari potuit,* „*quod contra canonica ſtatuta illicitis pactioni-* „*bus informatur.*“

r) *L. 51. C. de epiſc. et clericis* v. Si quis in conſcribendo inſtrumento ſeſe confeſſus fuerit *non vſurum fori praeſcriptione propter ſacerdotii praerogatiuam:* ſancimus *non licere aduerſus ſua pacta venire, et contrahentes decipere, cum regula ſit iuris antiqui: omnes licentiam habere, his quae pro ſe indulta ſunt, renunciare.* Quam generalem legem in omnibus caſibus obtinere ſancimus, qui nedum per iudicialem ſententiam vel amicabilem conuentionem ſopiti ſunt.

nen andern, der darauf gebauet hat, wiſſentlich zu hintergehen.

Die meiſten evangeliſchen Rechtslehrer kommen darin überein [s]), daß in Abſicht einer vertragsweiſe feſtgeſetzten Unterwerfung der Geiſtlichen in einer bloß bürgerlichen Sache in proteſtantiſchen Gerichten, es bey der Vorſchrift des Juſtinianeiſchen Rechts lediglich das Bewenden behalte. Beſonders ſucht der groſſe proteſtantiſche Rechtslehrer, der ſelige Kanzler **Böhmer**, die angeführte Meynung durch die wichtigſten Gründe zu rechtfertigen [t]). Denn, wenn es gleich ſeine Richtigkeit hat, daß durch Verſprechen, oder feyerliche Verträge einzelner Perſonen, einem verbietenden Geſetze ſodann nicht entſaget werden könne, wenn ſolches vornehmlich und am meiſten auf die Erhaltung, oder Beförderung der allgemeinen Wohlfahrt beruhet [u]), ſo kann doch dies ſodann nicht ſtatt finden, wenn jene Einſchränkung mangelt, und ein verbietendes Geſetz am meiſten auf den

s) Ludovici in der Einleitung zum Conſiſtorial-Proceß C. 5. §. 11. und 12. SCHILTER *Inſt. Iur. Canon. Lib.* 1. *Tit.* 18. §. 9. STRYCK *ad* BRVNNEMANNI *Ius Eccleſ. Lib.* 3. *c.* 1. §. 12. HELLFELD *in Iurispr. forenſ.* §. 207. Flörcke in der Erörterung der Frage: Ob jemand, beſonders ein Geiſtlicher, wie auch ein *Academicus*, ſich ſeines befreyeten Gerichtsſtandes begeben möge?

t) *In Iure Eccleſiaſt. Proteſt. Lib.* 2. *T.* 2. §. 40. 41.

u) *L.* 38. *D. de pact.*

den Vortheil des Entſagenden ſelbſt gerichtet iſt [x]). Nun iſt es ja wohl keinem Zweifel unterworfen, daß der den Geiſtlichen verliehene befreyete Gerichtsſtand, oder ihre Befugniß, den Gerichtszwang eines weltlichen Richters nicht anerkennen zu dürfen, zwar dem geſammten geiſtlichen Stande, aber auch einem jeden Mitgliede deſſelben beſonders ertheilet iſt [y]), und daher das Recht, ſich einer zu ſeinem Beſten ertheilten Befugniß begeben zu können, ſich von ſelbſt rechtfertige.

 Es

x) *Arg. L. penult. C. de pact.* ſ. auch HARTLEBEN *in Meditatt. ad Pandectas, quibus cel. Auguſtini a Leyſer Meditationes variis in capitibus refelluntur, contra impugnatores recentiores vindicantur et ſupplentur. Francofurti ad Moenum* 1778. *Spec.* 8. *Med.* 9.

y) BRUNNEMANN *ad L.* 51. *C. de epiſc. et cleric.* will den eigentlichen Grund des C. 12. *X. de for. comp.* darin ſetzen, weil bey einer den Geiſtlichen freygelaſſenen Unterwerfung unter einem weltlichen Gerichte die Beſorgniß bleibe, daß letzteres ſich ſeines Rechts zum Nachtheil der Rechte und Privilegien des geſammten geiſtlichen Standes misbrauchen möge. Es vertheidiget inzwiſchen BRUNNEMANN *c. l.* nicht allein den Vorzug des *L.* 51. *C. de epiſc. et cler.* vor den *C.* 12. und 18. *X. de foro comp.*, ſondern bemerket auch noch überdieß, daß ein Geiſtlicher ſich dem weltlichen Gerichte ſodann unterwerfen müſſe, wenn er entweder der Erbe eines Laien geworden, oder von einer dinglichen Klage die Rede iſt, oder der Geiſtliche als Verkäufer ſeinen Käufer, der ein Weltmann iſt, vertreten und ihm die Gewähr leiſten muß.

Es iſt auch mit Grunde nicht zu befürchten, daß die von einem einzelnen Geiſtlichen etwa geſchehene Begebung ſeines befreyeten Gerichtsſtandes in einem einzelnen Fall dem geſammten geiſtlichen Stande irgend einigen gegründeten Nachtheil zufügen könne[z]). Vermöge der angeführten Gründe hat es daher nach dem Gerichtsbrauch, wenigſtens bey den Proteſtanten, keinen Zweifel, daß ein Geiſtlicher in bloſſen bürgerlichen Sachen, zumahl in einzelnen Fällen, *mittelſt* Vertrags ſich ſeines befreyeten Gerichtsſtandes füglich begeben könne, und daß eine ſolche Entſagung auch ohne eydliche Beſtätigung alle rechtsbehörige Gültigkeit habe[a]). Noch weniger aber hat es in Beyſtimmung verſchiedener Stellen des Canoniſchen Rechts einigen Zweifel, daß in Lehn- Dinglichen und Erbſchaftsſachen, wie auch, wenn entweder von ſchweren Verbrechen die Rede iſt, oder der Geiſtliche die Stelle eines Klägers vertritt, oder einem im Proceß befangenen Theile beyſtehet, ein Geiſtlicher auf ſeinen ſonſt befreyeten Gerichtsſtand keinen Anſpruch machen könne. Allein, mit dieſen Fällen habe ich hier um ſoweniger zu ſchaffen, als ſich ſodann die Zuſtändigkeit des weltlichen Gerichts in Abſicht der Geiſtlichen von ſelbſt rechtfertiget, mein Hauptaugenmerk aber in dem vor-

z) STEPHANI *de iurisdict. L.* 1. *c.* 22. *n.* 35. BERGER *in Oecon. Iur. Lib.* 4. *Tit.* 3. *Th.* 1. *n.* 16. ZIEGLER *ad* LANCELLOTT. *Lib.* 3. *Tit.* 1. §. 4.

a) BOEHMER *c. l.*

vorhergehenden vornehmlich dahin gegangen iſt, zu zeigen, daß die Verordnung des Canoniſchen Rechts, nach welcher ein Geiſtlicher in dem Zuſtande eines Beklagten, oder vermöge eines Vertrages in bürgerlichen Fällen ſich niemahls einem weltlichen Richter unterwerfen dürfe, nach dem Gerichtsbrauch keine Anwendung finde, und daß hierunter die Vorſchrift des Juſtinianeiſchen Rechts, nach dem nämlich das Gegentheil ſtatt findet, den Vorzug behaupte.

Zu den Ausnahmen, da nicht ſowohl die Grundſätze des Canoniſchen, als vielmehr des Juſtinianeiſchen Rechts nach dem Gerichtsbrauch zur Anwendung kommen, gehöret ferner, daß bey zweifelhaften Schenkungen nicht, wie es nach jenem Rechte ſeyn ſollte, eine ausgedehnte Erklärung [b]) (interpretatio extenſiua), ſondern vielmehr

b) *C. 6. X. de donat.* v. Cum dilecti filii Abbas et Monachi de Melios propoſuerint coram nobis, quod nobilis vir Alanus quasdam terras a patre ipſius eorum eccleſiae in eleemoſynam aſſignatas, violenter redigere cupiat in foreſtam. Mandamus, quatenus ad ſententiam pro ipſo Monaſterio proferendam appell. poſtpoſita procedatis, cum ex tenore inſtrumenti euidenter appareat, quod haec fuerit mens et intentio donatoris, vt clauſula de foreſta, quae in fine ponitur inſtrumenti, non ad ſuperiorem donationem, quae tam libera et pura fuit, vt immunis eſſet a vexatione et conſuetudine ſeculari, ſed ad inferiorem conceſſionem, quae penſionem et determinatio-

mehr die engſte Erklärung [c]) (interpretatio ſtricta) ſtatt finde, und daher die Abſicht zu ſchenken, niemahls zu vermuthen ſey, auch die bey der Schenkung gebrauchten Ausdrücke weiter, als es der eigentliche Wortverſtand verſtattet, nicht verſtanden werden können [d]).

Obgleich das Canoniſche Recht [e]) die Art und Weiſe, wie die Entführung zu beſtrafen, nicht unbemerkt läßt, ſo hat es gleichwohl bey der in der peinlichen Gerichts-Ordnung [f]) geſchehenen ausdrücklichen Beziehung auf das Kaiſerliche, oder Juſtinianeiſche Recht keinen Zweifel, daß es in Abſicht

nationem habet inſertam, iuxta referri debeat intellectum: *quia in contractibus plena, in teſtamentis plenior, in beneficiis quoque pleniſſima eſt interpretatio adhibenda.* In dem Rubro des bemeldeten Capitels heißt es beſonders: *in donationibus pleniſſima fit interpretatio: et ob hoc clauſula oneroſa poſt multas donationes appoſita, proximam donationem tantum reſpicit.*

c) *L. 34. D. de Reg. Iur.* Semper in ſtipulationibus et in caeteris contractibus id ſequimur, quod actum eſt, aut ſi non appareat, quid actum eſt, erit conſequens, vt id ſequamur, quod in regione, in qua actum eſt, frequentatur. Quid ergo, ſi neque regionis mos appareat, quia varius fuit, *ad id, quod minimum eſt, redigenda ſumma eſt* add. *L. 25. D. de probat.*

d) MEVIUS *P. 2. Dec. 18. n. 4. P. 4. D. 318. n. 3. P. 8. D. 194. n. 2.* LEYSER *Spec. 433. n. 1.*

e) *C. 4. X. de Raptor.*

f) Art. 118. P. G. O.

Abſicht der Strafe der Entführung bey dem letzteren das Bewenden behalte [g]) und das Canoniſche Recht dabey nicht zur Anwendung kommen könne [h]). Ich gebe inzwiſchen gerne zu, daß, wenn gleich die in dem Canoniſchen Rechte wegen der Entführung vorgeſchriebene Strafe heutiges Tages in unſern Gerichten nicht im Gebrauch iſt, dennoch jenes Recht in Abſicht der zwiſchen dem Entführer und der Entführten unter gewiſſen Einſchränkungen freygelaſſenen Heirath vor dem Juſtinianeiſchen, welches bekanntlich eine ſolche Ehe niemahls geſtattet, nach dem Gerichtsbrauch den Vorzug habe.

Nach dem Canoniſchen Rechte hat der durch Frauensperſonen geführte Beweis überall keine Kraft [i]), und dieſe ſind nur ſodann zu vernehmen, wenn

g) *L. vn. C. de Rapt. virg.*

h) Dieſe Beyträge *n. XLIII.*

i) *C. 17. C. XXXIII. q. 5.* Mulierem conſtat ſubiectam dominio viri eſſe, et nullam auctoritatem habere: nec docere enim poteſt, *nec teſtis eſſe*, neque fidem dare, nec iudicare: quanto magis non imperare poteſt. *C. 19. C. XXXIII. q. 5.* Mulier debet velare caput, quia non eſt imago Dei. Sed vt oſtendatur ſubiecta, et quia praeuaricatio per illam inchoata eſt, hoc ſignum debet habere, vt in eccleſia propter reuerentiam Epiſcopalem non habeat caput liberum, ſed velamine tectum, nec habeat poteſtatem loquendi. *C. 10. X. de V. S.* v. Teſtes autem conſiderantur conditione, natura, et vita. Conditione, ſi liber, non ſeruus: nam ſaepe ſeruus metu dominan-

wenn ſie entweder an dem Verbrechen dieſes, oder jenes Geiſtlichen Antheil genommen haben [k]), oder es auch darauf ankommt, eine vorgebliche Irregularität dieſes, oder jenes Geiſtlichen zu beweiſen [l]). Allein, der Gerichtsbrauch ſtimmet mit dem Canoniſchen Rechte nicht überein, ſondern läßt es vielmehr bey der Vorſchrift des Juſtinia-

minantis teſtimonium ſupprimit veritatis. *Natura, ſi vir non foemina: nam varium et mutabile teſtimonium ſemper foemina producit.*

k) *C.* 3. *X. de teſt. et atteſt.* v. Quoniam aliqua nobis de perſona Epiphanii Presbyteri ſunt facinora nunciata, neceſſe eſt, vt cuncta diligentius perſcruteris: et ſeu mulieres, cum quibus peregiſſe dicitur, ſeu alios, quos de cauſa ſcire aliquid ſenſeris, huc feſtines adducere.

l) *C.* 33. *X. de teſt. et atteſt.* v. Tam litteris veſtris, quam depoſitionibus teſtium, intelleximus, nihil eſſe contra Lucianum electum ſufficienter oſtenſum, niſi de auditu tantum et fama: cum ſuper aliis, ſi qua forte videantur eſſe probata, teſtes ſint vel ſoli, vel tales, qui non potuerunt illa legitime comprobare: Quia vero ſuper matrimonio, quod electus dicitur contraxiſſe cum vidua, teſtes non fuere recepti propter appellationis obſtaculum, ne Laici vel foeminae in tali reciperentur articulo contra ipſum: nos vt tantae irregularitatis obiectio non remaneat indiſcuſſa, mandamus, quatenus teſtes ſiue Laicos, ſiue foeminas (duntaxat idoneos) qui ad hoc fuerint probandum inducti, recipiatis legaliter et examinetis prudenter.

ſtinianeiſchen Rechts m), nach welcher Frauensperſonen, ſowohl in bürgerlichen, als peinlichen Sachen, gültige Zeugen ſind n), in ſoferne anders die Geſetze, der beſonderen Feyerlichkeit der Handlung halben, wie bey Teſtamenten, das Zeugniß durch Männer nicht genau und ausdrücklich erfodern, oder ſonſt eine andere gegründete Ausnahme bewieſen werden kann, lediglich bewenden. Ob nun zwar einige Rechtslehrer auf das alleinige Zeugniß der Frauensperſonen in wichtigen Sachen keine Ueberweiſung, oder Verurtheilung zu einer Todes- oder andern ſchweren Strafe gebauet wiſſen wollen o), ſo ſcheinet gleichwohl dieſe Meynung der eigentlichen und wahren Abſicht des Kaiſers Karl des Fünften in der peinlichen Gerichts-Ordnung gerade zuwider zu ſeyn. Denn, an ſtatt ſich auf dasjenige, was in den Quellen der peinlichen Gerichts-Ordnung wegen der Unſtatthaftigkeit des Zeugniſſes durch Frauensper-

m) CARPZOV. *Pr. Rer. Crimin. q.* 114. *n.* 39. BOEHMER *in Iur. Eccl. Proteſt. Lib.* 2. *Tit.* 20. §. 17. CRAMER *Tom.* 3. *Obſ.* 894.

n) *L.* 18. *D. de teſtib.* v. Ex eo quod prohibet Lex Iulia de adulteriis, teſtimonium dicere condemnatam mulierem, colligitur, *etiam mulieres teſtimonii in iudicio dicendi Ius habere.*

o) LYNCKER *Dec.* 1330. MASCARD *de probat. concl.* 763. *n.* 3. HARPRECHT *Dec.* 75. *n.* 26. In ſo fern de lege condenda die Rede, mögte dieſe Meinung den Vorzug verdienen ſ. meinen **Entwurf zum Geſetzbuch Th. 2. §. 50.**

perſonen enthalten war [p]), zu berufen, oder ſolches zu beſtätigen, übergehet der Geſetzgeber vielmehr die ganze Sache mit Stillſchweigen [q]). Aus dem alleinigen Grunde, den man von dem Geſchlecht hernimmt, mag daher heutiges Tages das Zeugniß der Frauensperſonen bey dem Mangel anderer Eigenſchaften, die ein Zeugniß an und für ſich verwerflich machen, nicht verworfen und für ungültig erkläret werden.

Wenn gleich mit dem Canoniſchen Rechte [r]), nach welchem eine jede Annahme der Zinſen unter Androhung der härteſten geiſtlichen Strafen verboten war [s]), die Römiſchen Geſetze, die den Con-

p) Die Projecte der peinlichen Gerichts-Ordnung von 1521. und 1529., wie auch die Bambergſche Halsgerichts-Ordnung Art. 76.

q) BOEHMER *ad* CARPZOV. *q.* 114. *Obſ.* 5. Obwohl das Lübeckſche Recht *Lib.* 2. *Tit.* 8. *Art.* 2. zur Ueberweiſung eines Angeſchuldigten ausdrücklich zwey unbeſchuldete Männer erfodert, ſo behaupten gleichwohl die Ausleger, daß das Lübeckſche Recht, was den bemeldeten Punct anbelanget, heutiges Tages mit dem gemeinen Gerichtsgebrauch in Deutſchland übereinſtimme, und daher das Zeugniß der Frauensperſonen nicht ſchlechterdings verwerfe. ſ. MEV. *ad Ius Lubec. Lib.* 2. *Tit.* 8. *Art.* 2. und Stein in der Abhandl. des Lübeckſchen Rechts B. 4. §. 396.

r) GERDES *de pontifice in prohibend. vſur. errante. Gryphisw.* 1730. MICHAELIS *de Mente et Rat. leg. Moſaicar. vſur. prohibent.*

s) C. 3. 5. 13. 19. X. *de vſur.* c. 2. *de vſur.* in 6.

Contractum foenoris ebenfalls für ein ſchändliches und den guten Sitten zuwiderlaufendes Gewerbe anſehen, auch die foeneratores den perſonis infamibus beyzählen [t]), übereinſtimmen [u]), ſo iſt es gleichwohl im übrigen keinem Zweifel unterworfen, daß in der Materie von Zinſen das Canoniſche Recht ſchlechterdings nicht, das Römiſche Recht aber, der Regel nach, zur Entſcheidung diene, wenn anders deutſche Reichsgeſetze, oder ein genugſam bewieſener Gerichtsbrauch nicht ein anderes verordnen [x]).

Es iſt zwar nicht zu läugnen, daß die peinliche Gerichts-Ordnung [y]) bey der Beſtimmung der Strafe des Ehebruchs, der Regel nach, den Begrif dieſes Verbrechens, den das Canoniſche Recht annimmt [z]) voraus ſetze; allein, dagegen gehet der Gerichtsbrauch in dem Fall, wenn ein verheiratheter Mann mit einer unverheiratheten Frauensperſon Unzucht getrieben hat, davon ab. Denn, in dieſem Fall pfleget man, in Gemäßheit des Begrifs eines Ehebruchs nach dem Römiſchen Rechte, als welches violationem Thori alieni

t) *L. 20. C. ex quib. cauſ. infam. irrog.*

u) Langsdorfs practiſche Abhandl. von den *vſuris vltra alterum tantum* und deren Rechtmäſſigkeit im deutſchen Reich. Manheim 1778. §. 27. 28.

x) HELLFELD *in Iurisprudentia forenſi Lib.* 22. *Tit.* 1. und 2. und WESTENBERG *in Princip. Iur. Lib.* 22. *Tit.* 1. 2.

y) Art. 120. P. G. O.

z) C. 15. C. XXXII. *q.* 5.

alieni dazu unumgänglich erfodert a), die bemerkte Unzucht nicht ſowohl für einen Ehebruch in eigentlicher Bedeutung, als für eine gemeine Schändung anzuſehen und ſolchergeſtalt zu beſtrafen, höchſtens aber wegen des größern Grades der Sittlichkeit, die Strafe der gemeinen Unzucht nur um etwas zu erhöhen, oder zu ſchärfen b).

Da

a) *L. 6. §. 1. ad L. Iul. de adulter.* Lex ſtuprum et adulterium promiſcue, id eſt abuſiue appellat, ſed proprie adulterium in nupta committitur, propter partum ex altero conceptum compoſito nomine. Stuprum vero in virginem, viduamue committitur. *Add. L.* 34. *D.* und *L.* 18. *C. ad L. Iul. de adulter.*

b) Meiſter in den rechtlichen Erkenntniſſen und Gutachten in peinlichen Fällen *P.* 2. *Dec.* 69. *n.* 53., allwo es merklich heißt: „Andern theils an „vielen, wo nicht den mehreſten Orten Deutſch„landes die fleiſchliche Vermiſchung eines Eheman„nes mit einer ledigen Weibsperſon, für keinen ei„gentlichen Ehebruch gehalten, und daher nur mit „einer Geldbuſſe, oder einer andern etwas geſchärf„ten Strafe der Hurerey beſtrafet wird.“ Eben dasjenige, was Meiſter a. O. im allgemeinen behauptet, gilt auch von den Mecklenburgſchen Landen, indem der Fall, da ein Ehemann mit einer ledigen Perſon Unzucht getrieben hat, nur etwas härter, als ein Stuprum beſtrafet wird. Es finden ſich daher Erkenntniſſe in Mecklenburg, nach welchen auf die beſchriebene Art des Ehebruchs ein achttägiges Gefängniß bey Waſſer und Brodt erkannt, und dieſe Strafe auch allenfalls in eine verhältnißmäßige Geldbuſſe verändert worden. S. *Ius Mecklenb. et Lubec. illuſtrat. Cent.* 4. *Iud.* 54. *Select. Iurid. Roſtoch. faſcic.* 5. *Spec.* 7. 8. *q.* 3.

Da nach dem Canoniſchen Rechte, in Gemäßheit des katholiſchen Lehrbegrifs, die Ehe für ein Sacrament zu achten [c]), und daher die Verletzung deſſelben nothwendig für ein weit ſchwereres Verbrechen, als der bloſſe Ehebruch anzuſehen iſt, ſo iſt hieraus abzunehmen, warum der Kaiſer Karl der Fünfte das Laſter der zwiefachen Ehe für ein gröſſeres Verbrechen, als den Ehebruch erkläret [d]). Wann aber vermöge der peinlichen Gerichts-Ordnung das Laſter der zwiefachen Ehe lediglich nach den Vorſchriften des Kaiſerlichen, oder Juſtinianeiſchen Rechts zu beſtrafen iſt, letzteres aber unter dem Laſter der zwiefachen Ehe und dem bloſſen Ehebruch, ſoviel die Beſtrafung beyder Verbrechen anlanget, nicht genau unterſcheidet [e]), ſo läßt ſich daher der Gerichtsbrauch, nach welchem bey der Beſtrafung des Laſters der zwiefachen Ehe auf die beſonderen Grundſätze des Canoniſchen Rechts von der zwiefachen Ehe nicht geſehen, vielmehr Inhalts der Vorſchriften des Juſtinianeiſchen dies Verbrechen auf gleiche Weiſe, als der bloſſe Ehebruch beſtrafet zu werden pfleget [f]), leichtlich erklären.

 Da

c) *C. 9. X. de haeret.*

d) Art. 121. P. G. O.

e) *L. 11. § 12. ad L. Iul. de adulter. Nouella* 134. *c.* 10. Meine Grundſätze des deutſchen peinl. Rechts §. 470.

f) BOEHMER *ad art.* 121. *CC.* §. 5. SCHORCH *Sent.* 35. Carrach in den rechtl. Urtheilen und Gutachten in peinl. Sachen *n.* 89. Eiſenhart in

Da auch die peinliche Gerichts-Ordnung an ſehr vielen Stellen ſich auf die Vorſchriften des Juſtinianeiſchen Rechts ausdrücklich gründet [g]), ſo iſt es nicht unwahrſcheinlich, daß die aufs bos-hafte Feueranlegen geſetzte Strafe des Feuers aus jenem Rechte ebenfalls herzuleiten ſey [h]). Da aber, nach dem Zeugniß angeſehener Rechtslehrer [i]), die Strafe des vorſätzlichen Brandes, in ſoferne er nicht zugleich ein Mordbrand iſt, Inhalts der ausdrücklichen Vorſchriften des Juſtinianeiſchen Rechts [k]), am meiſten nach dem Ort, dem verurſachten Schaden, dem Stande der Perſon, und andern den Vorſatz mildernden Umſtänden zu beurtheilen, auch darnach, entweder auf die Todesſtrafe, den Staubbeſen, oder die Landesverweiſung zu erkennen iſt; ſo ergiebet ſich auch bey dieſer Materie der Vorzug des Juſtinianeiſchen Rechts vor dem Canoniſchen, als welches letztere überhaupt wider muthwillige Brenner ſehr zweck-

in dem 5ten Theil der Rechtshändel *n.* 8. Herr Prof. PÜTTMANN *in Element. Iuris Criminalis. Lipſ.* 1779. §. 634.

g) Dieſe Beyträge *n. XLIII.*

h) *L.* 9. *D. de incend.* v. „Qui aedes aceruumue „frumenti iuxta domum poſitum combuſſerit, „*vinctus verberatus igni necari iubetur.*“

i) PUFENDORF *in Proceſſu Crimin.* c. 24. §. 54. Meiſter in den rechtl. Erkenntniſſen peinlicher Fälle im erſten Theil *Dec.* 11. *n.* 16. *ſeqq.*

k) *L.* 28. §. 1. *De poen. L.* 12. und 52. §. 1. *de incend. ruin. naufr. L.* 1. *pr.* und *L.* 10. *ad L. Cornel. de Sicar.* §. 13. *Inſt. ad L. Aquil.*

zweckwidrige Verfügungen macht [l]). Ueberhaupt kann ich wohl den allgemeinen Grundſatz als bewieſen und ausgemacht annehmen, daß, wenn in peinlichen und Strafſachen von der Beſtimmung der Strafe ſelbſt die Rede iſt, das Canoniſche Recht niemahls und unter keinen Umſtänden, das Juſtinianeiſche Recht aber der Regel nach immer, zur Anwendung komme, wenn nicht deutſche Reichs- und Landes-Geſetze, oder die peinliche Gerichts-Ordnung darinn etwas näheres beſtimmen [m]).

l) C. 32. *C. XXIV. q.* 1. v. Peſſimam ſi quidem, et depopulatricem, et horrendam incendiariorum malitiam autoritate Dei, et beatorum Apoſtolorum Petri et Pauli omnino deteſtamur et interdicamus. *Si quis ergo poſt huius noſtrae prohibitionis promulgationem malo ſtudio, ſiue pro odio, ſiue pro vindicta ignem appoſuerit, vel apponit fecerit, aut appoſitoribus conſilium vel auxilium ſcienter tribuerit, excommunicetur: et ſi mortuus fuerit incendiarius, Chriſtianorum careat ſepultura, nec abſoluatur, niſi prius damno, cui intulit, ſecundum facultatem ſuam reſarcto, iuret ſe vlterius ignem non appoſiturum.* Poenitentia autem ei detur, vt Hieroſolymis, aut in Hiſpania in Seruitio Dei per integrum annum permaneat. Si quis autem Archiepiſcopus, vel Epiſcopus hoc relaxauerit, damnum reſtituat, et per annum ab officio Epiſcopali abſtineat *add. c.* 5. *X. de raptor.*

m) MEISTER *de vſu Iuris romani Criminalis in Germaniae foris maxime hodiernis auctoritate Goet.* 1766. *S. Select. opuſc. n.* 1. MATTHAEVS *de crimin. ad Lib.* 47. und 48. *Digeſt.* Herr Profeſſor PÜTTMANN *c. l.* §. 20.

Zu den Fällen, in denen, wo nicht ſchlechterdings, doch meiſtentheils, in den proteſtantiſchen Gerichten nach dem Juſtinianeiſchen und nicht nach dem Canoniſchen Rechte geſprochen zu werden pfleget, kann man auch den Vergleich wider die Ehe rechnen, als welcher, unter gewiſſen Einſchränkungen, heutiges Tages allerdings erlaubt iſt. Das Canoniſche Recht verwirft denſelben, weil die Ehe ein Sacrament iſt [n]), ſchlechterdings. Die Proteſtanten nehmen dieſen Lehrſatz nicht an, folglich müſſen die aus demſelben gezogene Folgerungen ebenfalls wegfallen und daher bey dem Römiſchen Rechte, nach dem über eine jede zweifelhafte Sache ein Vergleich gültig geſchloſſen werden darf [o]), in ſoferne keine unbeſtrittene Ausnahme zu beweiſen ſtehet, es lediglich das Bewenden behalten [p]). Allein, weil auch nach dem

n) *C.* 11. *X. de transact.* v. Poteris etiam ad componendum interponere partes tuas, et interdum aliquid ſeueritati detrahere, prout videris expedire: exceptis nimirum caſibus, qui compoſitionem, ſeu diſpenſationis remedium non admittunt, *vtpote coniugii ſacramentum*, quod cum non ſolum apud Latinos et Graecos, ſed etiam apud fideles et infideles exiſtat, a ſeueritate canonica circa illud recedere non licebit.

o) *L.* 11. *C. de transact.* WESTENBERG *in Principiis Iuris ſecund. Ord. Pandect. Lib.* 2. *Tit.* 15. §. 15. VOETIVS *in Comm. ad Pandectas Lib.* 2. *Tit.* 15. §. 10.

p) Ludovici in der Einleitung zum Conſiſtorial-Proceß Cap. 15. §. 3. und 4.

dem proteſtantiſchen Kirchen-Rechte die Ehe ſich über die ganze Lebenszeit erſtrecken muß, auch überhaupt aus einem eigenmächtigen Schluß und Wiederaufheben der Ehe manche nachtheilige Folgen zu beſorgen ſtünden, ſo läßt es zwar der Gerichtsbrauch bey der angeführten Vorſchrift des Juſtinianeiſchen Rechts, zumal, wenn das rechtmäßig vollzogene Band der Ehe nicht gehörig bewieſen wäre [q]), bewenden; allein, es erfodert zugleich zu einem Vergleich, zumal wider die Ehe [r]), das Vorwiſſen und die Beſtätigung des geiſtlichen Gerichts, oder des Conſiſtoriums [s]).

Die bisher angeführten Fälle werden ſchon zu meiner Abſicht genügen und zum etwanigen Beweiſe dienen, daß, wenn gleich das Canoniſche Recht in unſern Gerichten in ſehr vielen Fällen vor dem Juſtinianeiſchen den Vorzug behauptet, doch auch Beyſpiele vorkommen können, da nach dem Gerichtsbrauch das Gegentheil ſtatt finde. Es iſt daher bey dem Mangel einer genugſamen geſetzlichen Beſtimmung in den Fällen, da das Juſtinianeiſche und Canoniſche Recht ſich einander widerſprechen, am meiſten auf einen genugſam bewährten Gerichtsbrauch zu ſehen, und nach demſelben der Vorzug größtentheils zu beſtimmen.

q) *Arg. L. 43. C. de transact.*
r) BOEHMER *in Iur. Eccl. Proteſt. Lib. 1. Tit. 36.* §. 4.
s) LEYSER *Spec. 47. n. 5.* SCHÖPFER *in Synopſi Tit. de transact. n. 14.*

Es könnte zwar dieſe Abhandlung noch weiter ausgeführet und beſonders unterſuchet werden, ob und in wieferne das Juſtinianeiſche Recht in unſerm deutſchen Staatsrechte zur Anwendung komme und den Vorzug vor dem Canoniſchen Rechte behaupte? Allein, theils kann ich den Leſer auf eine andere leſenswürdige Abhandlung eines berühmten Rechtsgelehrten, der dieſe Materie weiter unterſuchet, verweiſen [t]), theils aber ſcheinet die Beantwortung der Frage nach dem Unterſchiede, ob von öffentlichen Staatsſachen im deutſchen Reich, oder von den Privatgeſchäften der deutſchen Fürſten die Rede ſey? beurtheilet, und bey jenen der Gebrauch des Juſtinianeiſchen Rechts verneinet, bey dieſen aber, der Regel nach, bejahet werden zu müſſen [u]).

t) Weſtphal vom Gebrauche des Juſtinianeiſchen Rechts in dem deutſchen Staatsrechte und der Privat-Rechtsgelahrtheit der erlauchten Perſonen. Halle 1779.

u) *de* SELCHOW *in Element. Iuris publici Sect.* 3. §. 49.

LIV.

Ob ein Ehemann bey vorhandenem ſtarken Verdacht, daß ſeine Frau einen Ehebruch begangen habe, außer der Eheſcheidung auch auf den Verluſt des Brautſchatzes klagen könne?

Daß nach bewieſenem Ehebruch der beleidigte Ehemann, außer andern ihm in den Geſetzen zugebilligten Arten von Genugthuungen, im Fall keine Ausſöhnung unter beyden Ehegatten erfolget, und es an andern Ausnahmen von der Regel mangelt [a]), den Brautſchatz ſeiner ehebrecheriſchen Frau nicht herausgeben dürfe, vielmehr zum völli-

a) Nicht allein ſodann, wenn eine ausdrückliche, oder ſtillſchweigende Ausſöhnung erfolget, mag ein Ehemann auf den Verluſt des Brautſchatzes nicht ferner antragen, ſondern es fällt auch der letztere nach dem Zeugniſſe bewährter Rechtslehrer ſodann weg, wenn der Ehebruch gewaltſamer Weiſe begangen worden; wenn die Ehebrecherin ſich wegen der grauſamen Begegnung von ihrem Ehemann entfernen müſſen, wenn der letztere den Ehebruch ſeiner Ehefrauen begünſtiget, oder er auch ſelbſt mit einer andern Perſon vormal einen Ehebruch begangen haben ſollte, ſ. BROCKES *in Select. Obſ. forenſ. Obſ.* 615.

gen Eigenthume erhalte, auch ſolchergeſtalt auf ſeine Erben bringe, kann um ſo weniger gegründetem Zweifel unterworfen ſeyn, als ſich ſolches auf ausdrückliche geſetzliche Vorſchriften gründet [b]). Allein ſo unläugbar dieſer Satz an und für ſich iſt, ſo läßt er doch in der Anwendung verſchiedene Zweifel zu. Zu dieſen gehöret beſonders die Frage: ob ein Ehemann auch ſodann befugt ſey, den Brautſchatz ſeiner ehebrecheriſchen Frau zu begehren, wenn er zwar nicht die würkliche Vollbringung des Ehebruchs, wohl aber ſtarken Verdacht dieſerhalb zu beweiſen im Stande wäre? Der Verneinung dieſer Frage ſtehen beſonders folgende Gründe und Zweifel entgegen. Zuvörderſt iſt es ein allgemeiner Grundſatz des bürgerlichen und peinlichen Rechts, daß es bey der Verurtheilung nicht ſowohl auf gewiſſe Anzeigen und Vermuthungen, als vielmehr, bey ermangelndem Bekenntniſſe, auf vollſtändige Beweisthümer ankomme [c]), indem ſie allemal gewiſſe Thatſachen zum voraus ſetzet, die aber ihrer Natur nach rechtsbeſtändige Beweiſe erfodern [d]). Wann nun auch

b) *Nou.* 134. *c.* 10. *Nouella* 117. *c.* 8. §. 2. *L.* 8. §. 5. *C. de repud. c.* 4. *X. de donat. inter Vir. et vxor.* KOCH *Inſt. Iur. Crimin.* §. 322.

c) *L.* 16. *C. de poen. L.* 4. *C. ſi ex falſ. inſtrument.* Art. 22. P. G. O. MEV. *P.* 1. *Dec.* 57. *n.* 7.

d) *L.* 19. *D. ex quib. cauſ. mai. L.* 12. *de captiu. et poſtlimin.* MASCARD *de probat. Concl.* 732. *n.* 1. *Vol.* 1. VVLTEJ. *P.* 4. *Conſ.* 32. *n.* 6. ENGELBRECHT *in Select. Obſ. forenſ. Reſp.* 45. *n.* 98.

auch gleich die Geſetze und ein unbeſtrittener Gerichtsbrauch in Abſicht des Erkenntniſſes der Eheſcheidung eine Ausnahme von der ſonſtigen Regel machen, und dieſe auch ſodann zulaſſen, wenn nur wegen des entweder würklich begangenen, oder wenigſtens vorgehabten Ehebruchs ſtarke Anzeigen vorhanden ſind [e]), ſo ſcheinet doch, daß hievon auf den Verluſt des Brautſchatzes kein gültiger Schluß zu machen ſey. Denn, allem Anſehen folget nicht, daß, weil ſtarke Muthmaßungen ſogar zur Trennung des ehelichen Bandes genügen, ſie auch ebenfalls einen Verluſt der Mitgift bewirken müſſen. Denn, dieſer letztere ſcheinet eine Art von Strafe zu ſeyn, die gewöhnlich zum voraus ſetzet, daß

e) *C.* 12. *X. de praeſumt.* v. Litteris fraternitatis tuae receptis nobis innotuit, quod cum P. ab A. mulieree, quam in vxorem acceperat, peteret ſeparari, accuſatores matrimonii produxerunt teſtes firmiter aſſerentes, quod poſtquam mulier cum praedicto viro contraxerat matrimonium, conſanguineum viri eiusdem ſolum cum ſola, in eodem lecto iacentem, ea (vt credebant) intentione, vt eam cognoſceret carnaliter, viderunt multis locis ſecretis, et latebris ad hoc commodis, et horis electis; (et *infra*) Conſul. tuae taliter reſpondemus, *quod ex huiusmodi violenta et certa ſuſpicione fornicationis, poteſt ſententia diuortii promulgari: ita quidem, vt vir licentiam habeat, mortua illa ducendi aliam, muliere ſine ſpe coniugii remanente.* S. auch c. 4. *C. XXVII. q.* 1. *c.* 27. *X. de teſt. Nouella* 117. *c.* 8. §. 3. 4. 5. 6. BOEHMER *in Iur. Eccl. Proteſt. T.* 4. *L.* 4. *Tit.* 19. §. 29.

daß der Uebertreter entweder der Ungebühr überführet, oder auch der That geſtändig ſey, dahingegen bey der Eheſcheidung es nur lediglich auf die Aufhebung der bisher vorhanden geweſenen bürgerlichen Verbindung ankommt. Es verſtehet ſich auch von ſelbſt, daß dasjenige, was durch beſondere und von den übrigen abweichende Geſetze in dem einen Fall eingeführet worden, auf andere darin nicht erwähnte Fälle keine Anwendung finden könne. Ueberdieß räumen die Geſetze der Mitgift ſo beträchtliche Vortheile ein [f]), daß es auch daher nicht zu vermuthen, daß eine Ehefrau aller ihrer Privilegien des Brautſchatzes auf bloſſem Verdacht eines Ehebruchs verluſtig gehen, und ihre Mitgift ſogar dieſerhalb ſelbſt einbüßen könne. Da auch der Regel nach, zumal in peinlichen und Strafſachen, keine ausgedehnte Erklärung ſtatt findet [g]), wenn nicht eine auffallende Gleichheit des Grundes dazu Veranlaſſung giebet [h]), ſo ſcheinet auch aus dieſer Urſache die aufgeworfene Frage billig verneinet werden zu müſſen. Es fehlet auch nicht an angeſehenen Rechtslehrern [i]), die ſie verneinen und unter dieſen findet ſich

f) *L. 9. §. 1. L. 70. de Iur. dot. L. 85. pr. de Reg. Iur.*

g) PÜTTMANN *in Aduerſar. Iur. Lib.* 2. *c.* 29. *p.* 201. KRAVSE *de extenſiua poenar. interpretat.*

h) WOLTAER *Faſc.* 1. *Obſ.* 8.

i) BERGER *in Elect. proc. matrimon. p.* 304. und *in Supplement. proc. matr.* HOMMEL *in Rhapſod. quaeſt. Obſ.* 487. Henning vom Verluſt des Vermögens der Frauen bey erfolgter Scheidung

ſich ſogar der ehemalige Hälliſche Kanzler Böhmer [k]), welcher ſeine anderswo [l]) geäußerte gegentheilige Meynung ſolchergeſtalt zurücknimmt. Es mögte auch noch überdieß auf der Seite der Verneinung der Frage ſich der allerdings ſehr erhebliche Grund finden, daß ſolche der Billigkeit mehr angemeſſen, als die Bejahung ſey.

Allein dieſem allen ohngeachtet dürfte denn doch die Bejahung der Frage den Vorzug verdienen. Denn, eines theils findet ſich kein genugſamer Grund, ſtarke Vermuthungen wegen eines begangenen Ehebruchs zu der Eheſcheidung für hinreichend anzunehmen und ſolche gleichwohl, wenn zugleich von dem Verluſt der Mitgift die Rede, zu verwerfen. Unſtreitig iſt aber die Eheſcheidung die Hauptſache, und da darauf wegen der bewieſenen liederlichen Aufführung einer Ehegattin ſchon angeführtermaßen erkannt werden kann, ſo läßt ſich gar nicht abſehen, warum in Abſicht des Acceſſorii, wohin der Verluſt des Brautſchatzes billig zu rechnen, nicht ein gleiches ſtatt finden ſollte. Es beſtätiget auch nicht allein dieſen Satz das Canoniſche Recht [m]), ſondern es vertheidigen ihn ebenfalls

dung durch Ehebruch und bösliche Verlaſſung. Wittenberg, 1784. Erſter Theil *p.* 129.

k) *In Conſult. T.* 1. *Reſp.* 141. *q.* 3.

l) *In Iur. Eccl. Proteſt. T.* 4. *L.* 4. *Tit.* 19. §. 27.

m) *C.* 4. *X. de donat. inter virum et uxorem* v. ſi mulier ob cauſam fornicationis Iudicio eccleſiae, aut propria voluntate receſſerit, nec reconciliata poſtea ſit, eidem dotem vel dotalitium repetere non valebit.

falls die größten proteſtantiſchen Rechtslehrer [n]). Denn in beyden Fällen, ſowohl wenn von einem adulterio vero, als praeſumto die Rede iſt, iſt eine würkliche Verletzung der eheliche Treue vorhanden, und daher muß dieſelbe auch in beyden Fällen eben dieſelben Wirkungen hervorbringen [o]).

Gegen dieſen von mir vertheidigten Satz kann die von den Gegnern gewöhnlich aufgeſtellete Behauptung, daß der Verluſt der Mitgift eine Strafe ſey, dieſe aber ſich niemals auf Verdacht, oder Vermuthungen gründen könne, um ſoweniger in einen beſonderen Betracht kommen, als noch zu beweiſen ſtehet, daß der Verluſt der Mitgift des Ehebruchs wegen, gerade als eine beſondere Strafe ſtatt finde, und ſolchergeſtalt in den Geſetzen beſtätiget ſey. Denn, die letzteren geben ſolche dem beleidigten Ehegatten vielmehr zu ſeiner beſonderen Genugthuung, und überdieß hat er auch die aus der Ehe vorhin erzeugten Kinder zu ernähren, welche Laſt der Ernährung bekannten Rechten nach in derſelben Art, als ſie vor dem Ehebruch war, vorhanden bleibet [p]). Es iſt auch ohnehin der Satz, daß auf Vermuthungen ſchlechterdings keine Strafe gebauet werden könne, im Allgemeinen und ohne viele nähere Einſchränkungen nicht füglich zu ver-

n) BOEHMER *c. l. Tit.* 19. §. 29. und *Tit.* 20. §. 31.

o) S. F. BOEHMER *ad* CARPZOVII *Pract. rer. Criminal. q.* 64. *Obſ.* 1.

p) *L. un. C. diuortio facto apud. quemlib.* Meine Grundſätze des deutſchen peinl. Rechts. §. 463.

vertheidigen q). Denn, in ſoferne nicht von einer eigentlichen Lebens- r) oder Leibesſtrafe s) die Rede iſt, wohin denn doch der Verluſt der Mitgift wohl unter keinen Umſtänden zu rechnen ſtehet, kann, ſowohl nach den Geſetzen t), als nach dem einhelligen Zeugniſſe der Rechtslehrer, auf ſtarken Verdacht allerdings eine außerordentliche, oder geringere Strafe füglich gebauet werden u). Es ſcheinet auch, daß diejenigen, welche die gegenſeitige Meynung vertheidigen, und aus dem Grunde, weil der Verluſt der Mitgift eine Strafe ſey, ſolche niemals auf bloße Vermuthungen gebauet wiſſen wollen, in ihren Sätzen nicht genau genug

q) REINHARTH *de eo quod iuſtum eſt circa reum ex praeſumt. conuincend. Frf.* 1732.

r) Daß ſogar auf einen ſolchen ſtarken Verdacht, der zugleich eine moraliſche Gewißheit macht, eine Todesſtrafe gebauet werden könne, behauptet Struben in dem 5ten Theil der rechtlichen Bedenken *n.* 59. und BOEHMER *Lib.* 5. *T.* 1. §. 71.

s) Claproth in der Einleitung in ſämtliche ſummariſche Proceſſe, in der Materie vom peinlichen Proceß S. 41. behauptet mittelſt Berufung auf den *L.* 5. *pr. de poen.*, daß eine mäßige Leibesſtrafe auf ſtarken Verdacht allerdings füglich gebauet werden könne, weil man auf letzteren die Marter gründe, und dieſe gleichwohl völlig ſo hart, als eine mäßige Leibesſtrafe ſey.

t) *L.* 22. *C. ad L. Cornel. de falſ. L.* 34. *ad L. Iul. de adulter. L.* 25. *C. de probat. L.* 19. *C. de R. V. L.* 2. *C. quor. appell. L.* 3. §. 2. *de teſt.*

u) BOEHMER *ad art.* 22. *CC.* §. 6. Meiſter in den rechtl. Erkenntniſſen und Gutachten in peinlichen Fällen *Dec.* 16. *n.* 13. 14.

genug übereinſtimmen. Denn, will man den Verluſt der Mitgift eine Strafe nennen, ſo muß man gewiß von der Trennung des ehelichen Bandes eben daſſelbe gelten laſſen, indem letztere der Ehebrecherin um ſo empfindlicher ſeyn muß, als ſie dadurch zugleich an ihrem Unterhalt, Ehre und andern Vortheilen des ehelichen Lebens zuweilen einen weit größeren Nachtheil leidet, als ihr der Verluſt der Mitgift gewöhnlich zuziehen kann. Da nun die Gegner Inhalts des deutlichen Ausſpruchs der Geſetze zugeben, daß die Eheſcheidung auf ſtarken Verdacht des begangenen Ehebruchs gebauet werden könne, ſo müſſen ſie auch von dem Verluſt der Mitgift billig ein gleiches ſtatt finden laſſen. Ja, wenn man auch hiewider einwenden mögte, daß der Verluſt der Mitgift ſodann für ein größeres Uebel, als die Eheſcheidung zu halten ſey, wenn ſie wichtig, oder anſehnlich wäre, ſo verſchwindet gleichwohl dieſer Einwurf, wenn man die höchſt beſchwerlichen Folgen der Eheſcheidung auf Seiten der Ehebrecherin einigermaßen in Erwägung ziehet. Sie werden unter allen Umſtänden mit dem Verluſt der Mitgift wenigſtens in gleichem Verhältniß ſtehen, und daher kann nicht leicht ein Fall zutreffen, daß der letztere für ein größeres Uebel, als die erſtere zu halten wäre.

Wenn auch gleich die Geſetze dem Brautſchatz ſehr große Vorzüge und Privilegien zugeſtehen, ſo läßt ſich dennoch davon auf den gegenwärtigen Fall, und zur Verneinung der aufgeworfenen Frage kein Schluß machen. Zum wenigſten wird keine geſetzliche Vorſchrift angeführet werden können,

in

in welcher auch beſonders dieſer Vorzug, daß auf ſtarken Verdacht wegen eines begangenen Ehebruchs niemals der Verluſt des Brautſchatzes gebauet werden dürfe, (wie gleichwohl, wenn von der Eheſcheidung die Rede iſt, unſtreitig geſchiehet,) der Mitgift ebenfalls wäre verliehen worden. In Ermangelung beſonderer Geſetze aber läßt ſich eine ſolche Verſchiedenheit nicht füglich gedenken, oder vertheidigen.

Da es auch nach dem Zeugniß der bewährteſten Rechtslehrer keinen Zweifel hat, daß ſogar die Kinder und Erben des beleidigten Ehegatten einer Ehebrecherin, die ihre Mitgift aus der Verlaſſenſchaft zurückfodert, die exceptionem adulterii zu machen befugt ſind [x]), ſo muß auch in Abſicht des Beweiſes des Ehebruchs von dieſem Fall eben daſſelbe gelten, was von dem Verluſt der Mitgift, die auf ſtarken Verdacht des Ehebruchs gebauet wird, überhaupt ſtatt findet.

Allein ſo richtig auch der von mir behauptete Satz an und für ſich iſt, und ſo ſehr damit auch meiſtentheils der Gerichtsbrauch übereinſtimmet [y]), ſo iſt gleichwohl eben ſo unbeſtrittenen Rechtens, daß dazu nicht ein jeder Verdacht, oder, wie man zu reden pfleget, nicht eine jede entfernte Vermuthung, genüge. Denn, wenn es gleich ſeine

x) MEV. *ad Ius Lubec. P.* 2. *T.* 2. *a.* 12. *n.* 410. BOEHMER *in Iur. Eccl. Prot. T.* 4. *L.* 4. §. 24. PVFENDORF *Tom.* 3. *Obſ.* 122.

y) BOEHMER *in Iur. Eccl. Proteſt. c. l.* BROCKES *in Select. Obſ. forenſ. Obſ.* 153.

ſeine Richtigkeit hat, daß nicht eben ein vollſtändiger Beweis des würklich völlig vollbrachten Ehebruchs [z]) dazu erfodert werde, ſo iſt es gleichwohl keinem Zweifel unterworfen, daß dazu, wie die Geſetze reden, beſonders violentae et certae praeſumtiones vorhanden ſeyn müſſen [a]). Welche Vermuthungen nun unter dieſer Bezeichnung eigentlich verſtanden werden? kann um ſoweniger erheblichen Zweifeln unterworfen ſeyn, als die Geſetze die hieher gehörigen Fälle ſehr genau beſchreiben [b]). Wenn daher eine Ehefrau *mit einer fremden Mannsperſon an einem abgeſonderten Ort* in, oder auf einem Bette, oder Streu *zuſammen* angetroffen wird, oder ſich in einem gefliſſentlich verſchloſſenen Zimmer mit demſelben befindet, oder mit ihm ohne Beyſeyn anderer in Wirths- oder fremden Häuſern übernachtet, oder heimlich mit einer fremden Mannsperſon verreiſet, oder ſich entfernet, oder ſonſt in einer verdächtigen Stellung mit derſelben angetroffen wird, und ſo wenig in dieſem, als in den vorhergehenden Fällen von ihrem an ſich verdächtigen Betragen eine unſchuldige

z) Worin ſolcher vollſtändiger Beweis beym Ehebruch eigentlich beſtehe, davon habe ich in den Grundſätzen des deutſchen peinlichen Rechts §. 451. und 456. mit mehreren gehandelt. S. auch BAVER *in Progr. de veritat. crimin. perpetrat. corp. delicti vocari ſolita in adulterio. Lipſ.* 1739.

a) C. 12. *X. de praeſumt. c.* 27. *X. de teſtib.* LEYSER *Spec.* 313. *n.* 1. *Spec.* 577. *med.* 1.

b) C. 12. *X. de praeſumt.*

dige Urſache angeben und beweiſen kann, ſo hat meinem Bedünken nach die Eheſcheidung und zugleich der Verluſt des Brautſchatzes keinen Zweifel, zumal, wenn damit etwa noch andere Anzeigen wegen des vielleicht ſchon verübten Ehebruchs übereinſtimmen ſollten. Dagegen können ein bloß nicht vorſichtig genug eingerichteter Lebenswandel, oder der Verdacht, daß eine Ehefrau mit ehebrecheriſchen Gedanken umgehe, oder eine jede Gunſtbezeigung, die einer fremden Mannsperſon bewieſen wird, und noch weniger ein bloßer Kuß, in ſoferne ſolche nicht aus den vorhin angeführten Gründen mit dem wahrſcheinlich begangenen Ehebruch in genauer Verbindung ſtehen, nicht genügen, um auf den Verluſt der Mitgift rechtlicher Art nach erkennen zu können c). Unter den angeführten Einſchränkungen aber ſcheinet im Gegentheil die Bejahung der aufgeworfenen Frage kein Bedenken zu haben. Es iſt mir auch ein Fall bekannt, da dergeſtalt in neuern Zeiten erkannt worden.

c) BOEHMER *in Iur. Eccl. Proteſt. Lib. 4. Tit.* 19. §. 29. Von Selchow in den Rechtsfällen im 3ten Bande *Dec.* 94. *p.* 255.

LV.

Erörterung einiger Fragen bey der Lehre von Schenkungen.

Unter mehreren Zweifeln, die ſich in der Lehre von Schenkungen finden, verdienen beſonders die nachfolgenden eine nähere Erörterung: 1) Ob zum Beſtande einer *donationis remuneratoriae* nöthig ſey, daß der eigentliche Grund dazu genau und ausdrücklich angeben werde? Diejenigen Rechtslehrer[a]), die dieſe Frage bejahen, berufen ſich gewöhnlich auf den *L.* 27. *de donat.* [b]). Allein, der ganze Zuſammen-

a) LUDOVICI *in vſu pract. Diſtinct. Iurid. Lib.* 39. *Tit.* 5. *Diſt.* 1.

b) A quibus Regulus iuuenis ad Nicoſtratum rhetorem ita ſcripſit: *Quoniam cum patre meo ſemper fuiſti, et me eloquentia et diligentia tua meliorem reddidiſti: dono et permitto Tibi habitare in illo coenaculo, eoque uti;* defuncto Regulo, controuerſiam habitationis patiebatur Nicoſtratus, et cum de ea re mecum contuliſſet, dixi, *poſſe defendi non meram donationem eſſe, verum officium magiſtri quadam mercede remuneratum Regulum*, ideoque non videri donationem ſequentis temporis irritam eſſe quod ſi expulſus Nicoſtratus veniat ad iudicem, ad exemplum interdicti, quod fructuario proponitur, defendendus erit, quaſi loco poſſeſſoris conſtitutus, qui vſum coenaculi accepit.

ſammenhang des Geſetzes giebet klärlich zu erkennen, daß der darin angeführte Fall, aus welchem jenes zu erhellen ſcheinet, nur gleichſam beyſpielsweiſe angezogen worden. Hierin werde ich noch mehr dadurch beſtärket, weil darin keine verba diſpoſitiua vorkommen, und es im übrigen an einem beſonderen Geſetze, in welchem eine ausdrückliche Benennung und Anführung der Urſache erfodert würde, gänzlich ermangelt. Bey dieſen von mir angenommenen Grundſätzen habe ich Rechtslehrer von vielem Anſehen als Gewährsmänner auf meiner Seite, die eine donationem remuneratoriam dennoch für eine ſolche gelten laſſen, wenn gleich die Verdienſte des donatarii um den donantem in der Schenkungs-Urkunde nicht angeführet wären, inzwiſchen anderweit als Gründe zu der Schenkung zu beweiſen ſtünden [c]). Bey Annahme dieſer an ſich richtigen auch den Geſetzen nicht im mindeſten widerſprechenden Meynung kann darüber noch weniger ein Zweifel entſtehen, ob insbeſondere diejenige Schenkung für eine remuneratoria zu halten ſey, in welcher die Verdienſte desjenigen, dem die Schenkung gemacht wird, nur erzählungsweiſe, oder durch eine Art von Beſchreibung bemerket, keinesweges aber als

c) MYNSINGER *Cent.* 3. *Obſ.* 75. welcher daſelbſt merklich ſchreibet: Si tamen facta ſit donatio remuneratoria ob merita, eaque deinde a donatario probentur, valebit donatio etiam ſine ſpeciali meritorum expreſſione.

Urſachen der Freygebigkeit ausdrücklich angegeben werden. Es kann unter dieſen Umſtänden der Beſtand einer donationis remuneratoriae um ſo weniger in Zweifel gezogen werden, als es dabey nur lediglich auf die Verdienſte des donatarii um den donantem ankommt, die Art und Weiſe aber, wie ſolche bewieſen werden, an und für ſich gleichgültig iſt. Um dieſes mit einem wirklichen Rechtsfall zu erläutern, will ich eine Stelle aus einem gewiſſen Schenkungsbriefe anführen. Sie lautet folgendergeſtalt: „Ich Endes Unterſchrie„bener urkunde und bekenne hiemit für mich und „meine Erben, daß ich der N. N., welche lan„ge Jahre bey mir im Dienſte geweſen, ge„ſchenket und vermacht habe zwey hundert und „funfzig Reichsthaler, die ihr, wenn ſie heyra„thet, binnen ſechs Wochen, ſonſten aber binnen „dreyen Monathen nach meinem Tode ausgezahlet „werden ſollen.“ Als ſich der donans mit der donataria nachher verunwilligte, und letztere von erſterem ſich aus dem Dienſt begab, ſo hatte dieſer in einer nachherigen feyerlichen Urkunde die gemachte Schenkung aus dem Grunde der ihm bewieſenen Undankbarkeit wiederrufen. Ob nun zwar dieſem Wiederruf noch der Umſtand entgegen war, daß die angegebenen Urſachen dazu, nämlich, weil die donataria ſeinen Dienſt verlaſſen, auch angeblich einen etwas loſen Mund gehabt hatte, nicht zu denjenigen Fällen gehörten, deren die Geſetze als ſolche Arten der Undankbarkeit, die zum Wiederruf einer gemeinen Schenkung

kung genügen, erwähnen [d]), ſo machten gleichwohl die ſtreitenden Theile die Frage: Ob die Schenkung als eine ſimplex, oder remuneratoria donatio anzuſehen ſey? zur Hauptſache. Denn, im Fall letzteres zu beweiſen ſtand, war aller weiterer Streit: Ob ſie wegen bewieſener Undankbarkeit wiederrufen werden könne, ganz vergeblich, indem es notoriſchen Rechtens iſt, daß bey donationibus remuneratoriis aller Wiederruf, er geſchehe aus einem Grunde, aus welchem er wolle, völlig unzuläſſig iſt [e]). Nun behauptete die Klägerin, der Sinn in der Schenkungsurkunde ſey eigentlich dieſer, daß ihr die bemeldete Summe darum geſchenket ſeyn ſolle, weil ſie

 lange

d) *L.* 10. *de reuoc. donat.* v. generaliter ſancimus, omnes donationes lege confectas, firmas illibataſque manere, ſi non donationis acceptor ingratus circa donatorem inueniatur, ita vt iniurias atroces in eum effundat, vel manus impias inferat, vel iacturae molem ex inſidiis ſuis ingerat, quae non leuem cenſum ſubſtantiae donatoris imponat, vel vitae periculum aliquod ei intulerit, vel quasdam conuentiones, ſiue in ſcriptis donationi impoſitas, ſiue ſine ſcriptis habitas, quas donationis acceptor ſpoſpondit minus implere voluerit. Ex his enim tantummodo cauſis, ſi fuerint in iudicium dilucidis argumentis cognitionaliter approbatae, etiam donationes in eos factae euerti concedimus, ne ſi cuiquam licentia, et alienas res capere, et frugalitatem irridere donatoris, et ipſum iterum donatorem ſuasque res perdere: et praefatis malis ab ingrato donationis acceptore affici.

e) *L.* 34. §. 1. *D. de donat.* LEYSER *Spec.* 436. *n.* 1.

lange bey dem donante gedienet habe. Dagegen aber wollte der Erbe des donatoris eine ſolche willkührliche Erklärung um ſo weniger ſtatt finden laſſen, als es nicht bey der donataria ſtehe, die Worte in der Urkunde: welche bey mir gedienet, in dieſe, weil ſie bey mir gedienet, umzuändern. Jene Worte habe der donans lediglich demonſtrationis cauſa gebrauchet; ſie enthielten aber keinesweges ipſam cauſam, oder fundamentum donationis. Weil indeſſen der Erbe die Sache ſelbſt, oder, daß die donataria lange hindurch bey dem donante gedienet habe, nicht in Zweifel zog, ſo mußten die Worte: welche lange bey mir gedienet, um ſomehr für den eigentlichen Bewegungsgrund zur Schenkung angeſehen werden, als die Angabe, daß ſie nur der Beſchreibung der Perſon wegen gebrauchet wären, ſich dadurch von ſelbſt widerlegte, weil ſie in dem Inſtrument mit ihrem Tauf- und Zunamen deutlich genug genannt war, und es daher einer umſtändlichen Beſchreibung ihrer Perſon nicht im allermindeſten bedurfte, vielmehr ſolche völlig überflüſſig war. Da auch angeführtermaßen es bey einer donatione remuneratoria nicht einmal auf eine ausdrückliche Anführung der Bewegurſachen in der Schenkungs-Urkunde ankommt, wenn anders die Verdienſte desjenigen, dem die Schenkung geſchiehet, um den donantem anderweit zu beweiſen ſtehen, dieſe aber in dem angeführtem Fall nicht in Zweifel gezogen wurden, ſo konnte auch der Klägerin ein beyfälliges Erkänntniß, mittelſt deſſen die Urſache des Wiederrufs für unzuläſſig

zuläſſig geachtet, und der Beklagte zur Auskehrung der Schenkung verurtheilet wurde, nicht füglich verſaget werden. Dagegen aber hat es keinen Zweifel, daß der bey Vermächtniſſen ſonſt anwendliche Satz: die Unrichtigkeit der angegebenen Urſache ſchade dem Vermächtniſſe ſelber nicht [f]), wenn nur der Erbe nicht beweiſen könne, daß der Erblaſſer dergeſtalt nicht würde geordnet haben, wenn er von jener überzeuget geweſen wäre [g]), bey einer donatione remuneratoria nicht im mindeſten zur Anwendung kommen könne. Denn die letztere ſetzet allemal gewiſſe Verdienſte des donatarii um den donantem voraus, und läßt ſich in deren Ermangelung überall nicht gedenken. Aus allen dieſen ziehe ich nun die richtige Schlußfolge, daß es zwar zum Weſen einer donationis remuneratoriae gehöre, daß der donatarius ſich um den donantem verdient gemacht habe; daß es aber gleichgültig ſey, ob die Urſache der Schenkung von dem donante in der ausgeſtellten Urkunde, oder in ſeinem letzten Willen gerade ausgedruckt ſey, oder nicht.

2) **Ob eine Schenkung unter Lebendigen, die zwar über fünfhundert Goldgülden gehet, wobey aber die wirkliche Nutzung und Verwaltung des geſchenkten Vermögens bis auf die Zeit des erfolgten Todes des Verſchenkers ausgeſetzet wird,**

 einer

f) §. 31. *I. de legat. L.* 17. §. 2. *D. de condit. et demonſtr.*

g) *L.* 72. §. 6. *de cond. et demonſtr.*

einer gerichtlichen Inſinuation und Beſtätigung beſonders bedürfe? Nun iſt zwar bekannten Rechtens, daß eine Schenkung unter Lebendigen, wenn ſie über fünfhundert Goldgülden [k]) (worunter man heutiges Tages gewöhnlich fünfhundert ungarſche Ducaten zu verſtehen pfleget,) ſich erſtrecket [i]), in der Maaße ungültig ſey, daß alles, was dieſe Summe überſteiget, rechtsbeſtändig nicht gefodert, oder eingeklaget werden könne [k]). Von dieſem allgemeinen Grundſatze nimmt man auch hauptſächlich nur aus: die ſogenannte donationem remuneratoriam [l]), diejenige

k) Nach dem älteren Römiſchen Rechte erfoderte man ſchon eine gerichtliche Inſinuation, wenn die Schenkung ſich auf zweyhundert ſolidos erſtreckte, ſ. WESTENBERG *in Comm. ad Pandect. Lib.* 39. *Tit.* 5. §. 16. Juſtinian erweiterte dieſe Summe anfänglich auf dreyhundert *L.* 34. *C. de donat.*, ſetzte aber nachhin eine Summe von fünfhundert ſolidis feſt, bey welcher künftig die Inſinuatio actis facta erfoderlich ſeyn ſollte, ſ. *L.* 36. §. 3. *C. de donat.* v. Caeteris etiam donationibus quae geſtis interuenientibus minime ſunt inſinuatae ſine aliqua diſtinctione vſque ad quingentos ſolidos valituris. Hoc etenim tantummodo ad augendas eiusmodi donationes addendum eſſe ex praeſenti lege decernimus, anteriore tempore noſtra lege praecedente moderando, qua vſque ad trecentos ſolidos factae donationes, et ſine inſinuatione firmitatem obtinere iuſſae ſunt.

i) SCHILTER *Ex.* 43. §. 11.

k) §. 2. *Inſt. de donat. Nouella* 127. *c.* 2. *L.* 36. §. 3. *C. de donat.*

l) LEYSER *l. c.* HELLFELD *in Iurispr. forenſ.* §. 1706.

jenige Schenkung, die ſich auf milde Sachen und Stiftungen beziehet [m]), oder, die von dem Fürſten [n]) und Heerführer bey den Soldaten [o]) herrühret, oder die zu unterſchiedenen Zeiten und unter ganz verſchiedenen Umſtänden erfolget iſt, und ſodann zuſammen genommen die beſchriebene Summe ausmachet [p]), oder endlich, wenn die gemachte Schenkung ſich lediglich auf eine Erlaſſung künftiger Zinſen, oder Begebung ſonſtiger Zuſtändniſſe beziehet, oder wenn nicht ſowohl die geſchenkte Sache ſelbſt, als vielmehr der Werth der dadurch erhaltenen Nutzungen eine Summe von fünfhundert ungarſchen Ducaten ausmache [q]). Es entſtehet inzwiſchen ein Zweifel, ob auſſer dieſen Ausnahmen, die an fünfhundert ungarſchen Ducaten gehende Schenkung einer gerichtlichen Inſinuation und Beſtätigung auch in dem in der Frage bemerkten Fall bedürfe? Nach dem allgemeinen Ausſpruch der Geſetze ſcheinet die Bejahung deshalb kein Bedenken zu haben, weil die Geſetze, auſſer den angeführten Einſchränkungen, keine andere ausdrücklich erlauben. Allein, ſo gerne ich auch dieſe Gründe als richtig und ausgemacht,

m) *L. 34. in fin. C. de donat. L. 36. pr. C. eod. L. 21. C. de SS. eccleſ. L. 19. C. eod.*

n) *L. 34. C. de donat.*

o) *L. 36. §. 1.* und *2. C. de donat.*

p) *L. 34. C. §. 3. de donat.*

q) *L. 23. de donat.* VOETIVS *in Comm. ad Pandectas Lib. 39. Tit. 5. §. 15.*

macht, überhaupt betrachtet, annehme, ſo wenig bin ich doch von ihrer Anwendlichkeit in dem vorliegenden Falle überzeuget. Die eigentlichen Gründe, warum eine hohe Schenkung inſinuationem ad acta und Confirmationem Iudicialem erfodert, ſind am meiſten, damit eine vielleicht unvorſichtig geſchehene Schenkung nicht entweder den Verſchenker in dürftige Umſtände verſetze, oder ſeinen Gläubigern nachtheilig werde. Die Geſetze geben überdieß noch davon den Hauptgrund an, damit der Wille des Verſchenkers keinen fernern Zweifeln unterworfen ſeyn, und nicht durch *etwanige* Hinterliſt und Bosheit ſeiner Hausgenoſſen, *entweder* vernichtet werden, oder ſonſt eine andere Geſtalt gewinnen möge r). Aus dieſen Urſachen iſt es füglich zu erklären, warum die Geſetze bey ſolchen Schenkungen, die allererſt nach dem Tode des Verſchenkers ihre vollſtändige Kraft und Wirkung erhalten, wenn ſie gleich die beſchriebene Summe bey weitem überſteigen, keine gerichtliche Unter-

r) *L.* 27. *C. de donat.* v. Data iam pridem lege ſtatuimus, vt donationes interueniente actorum teſtificatione conficiantur, quod vel maxime inter neceſſarias coniunctasque perſonas conuenit cuſtodiri. Si quidem clandeſtinis ac domeſticis fraudibus facile quiduis pro negotii oportunitate confingi poteſt: vel id quod vere geſtum *eſt*, aboleri. Cum igitur nec liberos quidem ac parentes lex noſtra ab actorum confectione ſecernat: id quod neceſſario ſuper donationibus apud acta conficiendis iam pridem ſtatuimus, vniuerſos teneat: geſta autem confici, ſuper rebus etiam alibi collatis, vbicunque ſufficit.

Unterſuchung und Beſtätigung erfordern s). Weil nämlich dergleichen Schenkungen von Todeswegen, den Rechten nach, entweder gerichtlich, oder doch in Gegenwart von fünf Zeugen vollzogen werden müſſen, ſo fallen einige Hauptgründe, warum ſonſt bey hohen Schenkungen eine gerichtliche Beſtätigung erfodert wird, von ſelbſt weg. Denn bey Schenkungen auf den Fall des Todes, und bey den dabey vorgeſchriebenen Feyerlichkeiten höret nicht allein die Beſorgniß, daß clandeſtinae und domeſticae fraudes dabey vorkommen können, ſondern auch die Beſorgniß, daß der Ver-

s) *L. 4. C. de donat.* cauſa mortis. v. Cum de mortis cauſa donatione dubitabatur et alii quidem inter vltimas voluntates eam poſuerunt, et legatis aggregandam eſſe cenſuerunt, alii autem inter donationes, quae inter viuos conſiſtunt, eam poſuerunt: dubietate eorum exploſa, ſancimus, omnes mortis cauſa donationes, ſiue iuxta mortem facientis fuerint celebratae, ſiue longiore cogitatione mortis ſubſecutae ſunt, actis minime indigerent: neque exſpectare publicarum perſonarum praeſentiam, et ea, quae ſuper huiusmodi monumentis ſolent adhiberi: ſed ita res procedat, vt ſi quinque teſtibus praeſentibus, vel in ſcriptis, vel ſine literarum ſuppoſitione aliisque voluerit mortis cauſa donationem facere, et ſine monumentorum acceſſione res geſta maneat firmitate vallata, et nullam in ea calumniam accipiat: neque propter hoc quod ei geſta non acceſſerunt, inefficax eſſe atque inutilis videatur, et omnes effectus ſortiatur quos vltimae habent libertates: neque ex quacunque parte abſimilis eis intelligatur.

Verſchenker durch eine übermäßige Verſchwendung ſelber in dürftige Umſtände gerathen möge, von ſelbſt auf. Ueberdieß können etwanige Gläubiger nicht darunter leiden, weil bekannten Rechten nach, eine Schenkung von Todeswegen die Natur eines letzten Willens hat, der nicht eher, als bis die Schulden zuvor abgezogen worden, zu erfüllen ſtehet. Daß aber dasjenige, was die Geſetze von den eigentlichen donationibus mortis cauſa verordnen, auch von ſolchen Schenkungen unter Lebendigen, deren ganze Kraft und Wirkung bis nach dem Tode des Verſchenkers aufgeſchoben wird, gelten müſſe, ſcheinet mir wegen der merkwürdigen Worte in dem angeführten *L. 4. de donat. mort. cauſa*, ſancimus omnes mortis cauſa donationes, ſiue iuxta mortem fauentis fuerint celebratae, *ſiue longiore cogitatione mortis ſubſecutae ſunt, actis minime indigerent, neque exſpectare publicarum perſonarum praeſentiam*, keinem erheblichen Zweifel unterworfen zu ſeyn. Sodann aber iſt alle cauſae cognitio und Beſtätigung unſtreitig nicht weiter erforderlich, wenn dergleichen Schenkungen, deren völlige Kraft und Wirkung bis nach dem Tode des Verſchenkers verſchoben werden, oder dabey derjenige, dem die Schenkung geſchehen iſt, die Nutzung und Verwaltung ſich allererſt nach dem Tode ſeines Wohlthäters anmaßen darf, gerichtlich, oder, wie ſich die Geſetze ausdrücken, in publicarum perſonarum praeſentia vollzogen, und die ganze Handlung der Schenkung mit allen ihren Umſtänden zu einem gerichtlichen Protocoll verzeichnet worden.

Denn,

Denn, unter ſolchen Umſtänden iſt nicht allein ſchon das meiſte, was die Geſetze bey Schenkungen unter Lebendigen, die über fünfhundert Goldgülden gehet, erfodern, beobachtet, ſondern es ſind auch die Beſorgniſſe, welche die Geſetze bey dergleichen Schenkungen, wenn ſie insgeheim vollzogen werden, haben [t]), ſodann unſtatthaft. Ich glaube daher, in Beyſtimmung der Geſetze, daß die Frage: Ob eine Schenkung unter Lebendigen, die zwar über fünfhundert Goldgülden gehet, wobey aber die Nutzung und Verwaltung des geſchenkten Vermögens bis nach dem Tode des Verſchenkers ausgeſetzet wird, einer gerichtlichen Inſinuation und Beſtätigung nothwendig, oder zu ihrem Beſtande bedürfe? aus guten Gründen verneinet werden müſſe, und daher mit zu den Fällen, die die Geſetze als Ausnahmen angeben, zu rechnen ſey [u]). Zum wenigſten kann bey dergleichen Schenkungen auſſer der gerichtlichen

t) *L.* 27. *C. de donat.*

u) §. 2. *Inſt. de donat.* v. Et cum retro principum diſpoſitiones inſinuari eas actis interuenientibus, volebant, ſi maiores fuerant ducentorum ſolidorum; conſtitutio noſtra eam quantitatem vſque ad quingentos ſolidos ampliauit, quam ſtare etiam ſine inſinuatione ſtatuit: *Sed et quasdam donationes inuenit, quae penitus inſinuationem fieri minime deſiderant, ſed in ſe pleniſſimam habent firmitatem.* Wenn gleich nach der Meynung der Gloſſatoren dieſe letzteren Worte auf pias cauſas eine Beziehung haben ſollen, *L.* 34. *C. de donat.*, ſo ſcheinet doch, daß der angenommene Fall mit Grunde ebenfalls dahin zu rechnen ſey.

chen Vollziehung und Inſinuation, ad acta, keine beſondere feyerliche Cauſae cognitio et ſubſequens confirmatio als erfoderlich angeſehen werden. Denn zu geſchweigen, daß angeſehene Rechtslehrer, wenn die Inſinuation einer hohen Schenkung gehörig geſchehen, keine beſondere Cauſae cognitionem erfodern x), ſo iſt wenigſtens ſoviel gewiß, daß letztere bey dergleichen Schenkungen keine operoſa, die bey Streitſachen ſonſt gewöhnlich erfordert wird, ſeyn dürfe, vielmehr es in alle Wege genüge, wenn die Schenkung nach ihrem ganzen Umfange dem Gerichte bekannt gemacht y), oder in Gegenwart des Gerichts, oder der dazu abgeordneten Deputirten zu Protocoll genommen wird, und ſolchergeſtalt diejenigen Beſorgniſſe gänzlich wegfallen, welche die Geſetze bey Schenkungen, die über fünfhundert Ducaten

x) GAIL *Lib.* 2. *Obſ.* 39. §. 28. in den Worten: illud obiter annotandum, inſinuationem non requirere cauſae cognitionem, et per conſequens partis citationem, aut decretum iudicis, cum ſit actus voluntariae iurisdictionis et fieri poteſt coram quocunque iudice non ſuo.

y) LEYSER *Spec.* 433. *n.* 7. Dieſer Rechtslehrer eifert darüber mit gutem Grunde, wenn das Inſtrumentum donationis dem Gericht verſchloſſen eingereicht wird, und erfodert daher, daß eine Schenkung, die über fünfhundert Ducaten gehet, nach ihrem ganzen Inhalte dem Gericht bekannt gemacht werde, damit eines theils fraudes vermieden, und andern theils die Menſchen von einer übermäßigen Verſchwendung ihres Vermögens abgehalten würden.

Ducaten gehen, wenn ſie insgeheim vollzogen würden, annehmen [z]). Erfordert nun ſogar eine ſolche Schenkung unter Lebendigen, wo der donatarius ſofort zum Beſitz und zur Verwaltung des geſchenkten Vermögens gelanget, nur zum höchſten eine beſchriebene kurze und ſummariſche Cauſae cognitionem, ſo werden bey der Schenkung unter Lebendigen, nach welcher ein Verſchenker ſeine ganze Lebenszeit hindurch im Beſitz, und bey der Verwaltung und Nutzung bleibet, noch weniger eine umſtändlichere Cauſae cognitio und eine feyerliche gerichtliche Beſtätigung erforderlich werden, wenn ſolche beſchriebenermaßen gerichtlich vollzogen iſt.

3) Ob eine *donatio remuneratoria* gerade ſolche Verdienſte des *donatarii* um den *donantem* vorausſetze, um derentwillen der erſtere wider den letzteren eine gerichtliche Klage anzuſtellen befugt wäre? Diejenigen Rechtslehrer, die dieſe Frage bejahen [a]), berufen ſich zur Begründung ihrer Meynung auf den *L.* 27. und *L.* 34. §. 1. *D. de donat.* und ſie ſcheinen ſolches um ſomehr mit vielem Grunde thun zu können, als die Geſetze einer donationi remuneratoriae ſehr wichtige Vorzüge vor einer andern beylegen. Allein, ob gleich ſolches aus dem erſteren Geſetze [b]) zu erhellen ſcheinet, ſo begünſtiget gleichwohl das andere dieſe Meynung nicht im

z) *L.* 27. *C. de donat.*
a) BERGER *in Oeconom. Iur. Lib.* 2. *Tit.* 2. *Th.* 30.
b) *L.* 27. *cit. D. de donat.*

im mindeſten [c]). Denn, wenn ſchon in dem letzteren einige Liebesdienſte, die der donatarius dem donanti geleiſtet hatte, als Urſachen, warum die Schenkung nicht zu wiederrufen ſtehet, angeführet werden, ſo ſind ſolche gleichwohl nicht von der Art, daß deshalb bey dem Mangel einer verſprochenen Belohnung gerichtlich geklaget werden könnte, und dienet daher der *L.* 34. §. 1. *de donat.* eher zur Verneinung, als Bejahung der angeführten Frage. Unſtreitig muß man daher denjenigen Rechtslehrern völligen Beyfall geben, die bey einer donatione remuneratoria zwar Verdienſte des donatarii um den donantem erfodern, es aber im übrigen für gleichgültig achten, ob die zum Grunde liegenden Verdienſte des erſteren, weshalb ſich der letztere dankbar beweiſet, aus einem Iure perfecto, oder imperfecto erwachſen [d]).

4) **Ob den Erben des *donantis* vergönnet ſey, eine gemeine Schenkung wegen Undankbarkeit gegen ihren Erblaſſer zu wiederrufen, wenn letzterer zwar ſolches ſchon in einem Privat-Inſtrument gethan, allein eine beſondere *actionem reuocatoriam* dieſerhalb nicht angeſtellet hätte?** Daß die Erben

c) *L.* 34. §. 1. *de donat.* v. Si quis aliquem a *latrunculis* vel hoſtibus eripuit, et aliquid pro eo ab ipſo accipiat, haec donatio irreuocabi*lis eſt*, non merces eximii laboris appellanda eſt: quod contemplatione ſalutis certo modo aeſtimari placuit.

d) HELLFELD *in Iurisprudent. forenſi ſecund. Ord. Pandectarum* §. 1706.

Erben des donantis die wider den letzteren bewieſene Undankbarkeit nicht weiter rügen, und die etwa gemachte Schenkung dieſerhalb nicht wiederrufen können, wenn ihr Erblaſſer ſolches nicht ſelbſt gethan hat, iſt in den Rechten klar und deutlich vorgeſchrieben *). Eine ganz andere Frage aber iſt, ob zum Wiederruf einer Schenkung aus Undankbarkeit gerade eine vorgängige gerichtliche Anzeige, Unterſuchung und Aufhebungs-Decret erfoderlich ſey, und wenn ſolche bey Lebzeiten des donantis unterblieben, deſſen Privat-Wiederruf in Betracht kommen, und von den Erben des Verſchenkers in Anrege gebracht werden könne? Dem erſten Anſehen nach ſcheinet es zwar einerley zu ſeyn, ob der donans gerichtlich, oder auſſergerichtlich wiederrufen habe, wenn anders der Wiederruf ſelbſt nur mit genugſamer Ueberlegung geſchehen, auch dabey auf geſetzlich beſtätigten Urſachen beruhet, und letztere ebenfalls gehörig zu beweiſen ſtehen. Allein, dieſem allem ungeachtet hat gleichwohl die gegentheilige Meynung den Vorzug. Denn, eines theils iſt die actio reuocatoria, mittelſt deren eine Schenkung wegen Un-

 dankbar-

*) *L.* 10. *C. reuoc. donat.* v. Hoc tamen vſque ad primas perſonas tantummodo ſtare cenſemus, nulla licentia concedenda donatoris ſucceſſoribus huiusmodi quaerimoniarum primordium inſtituere. Etenim ſi ipſe qui hoc paſſus eſt, tacuerit, ſilentium eius maneat ſemper, et non a poſteritate eius ſuſcitari concedatur, vel aduerſus eum, qui ingratus eſſe dicitur, vel aduerſus eius ſucceſſores. S. auch *L.* 1. und 7. *C. eod.*

dankbarkeit des donatarii wiederrufen wird, als eine Art von Injurien-Klage anzuſehen [f]), die ihrer Natur nach nicht auf die Erben gehet, zumal, wenn der Krieg Rechtens durch eine gehörige Einlaſſung auf die Klage bey Lebzeiten des Erblaſſers noch nicht beſeſtiget iſt [g]), andern theils erfodern die Geſetze bey einer Schenkung, die wegen Undankbarkeit wiederrufen werden ſoll, ausdrücklich, daß die Gründe dazu im Gericht genau angegeben, geprüfet und darüber rechtlich erkannt worden [h]). Im Fall nun alles dieſes bey Lebzeiten des donantis nicht geſchehen, kann ſolches unter keinen Umſtänden von ſeinen Erben nachgeholet werden, indem die Geſetze den Wiederruf einer gehörig zu Stande gekommenen Schenkung nur auf den donantem der Regel nach einſchränken [i]), auch die Art und Weiſe, wie darauf Betracht zu nehmen, genau vorſchreiben. Es

f) VOETIVS *in Comment. ad Pandectas Lib.* 39. *Tit.* 5. §. 23.

g) *L.* 3. *L.* 13. *L.* 15. *L.* 28. *D. de iniur.* §. 1. *Inſt. de perpet. et temp. act.*

h) *L.* 10. *C. de Reuoc. donat.* v. Ex his enim tantummodo cauſis, *ſi fuerint in iudicium dilucidis argumentis cognitionaliter approbatae, etiam donationes in eos factas euerti concedimus:* ne ſit cuiquam licentia, et alienas res capere, et frugalitatem irridere donatoris, et ipſum iterum donatorem ſuasque res perdere, et praefatis malis ab ingrato donationis acceptore affici.

i) *L.* 7. *C. de Reuoc. donat.* *L.* 10. *C. eod.*

Es iſt daher meinem Bedünken nach die Frage der Regel nach zu verneinen. Dagegen aber beſtehet ein gerichtlich beſtätigter Wiederruf, wenn gleich der donans, ehe das Decret, worin er für gegründet erkläret iſt, rechtskräftig geworden, verſterben ſollte, indem die Geſetze dazu weiter nichts, als rechtmäßige Urſachen und eine nach vorgängiger Unterſuchung erfolgte gerichtliche Beſtätigung erfodern [k]), es wäre dann, daß der donatarius die Unrichtigkeit der wider ihn vorgebrachten Beweisthümer, mithin die Fehlſamkeit der gerichtlich geſchehenen Beſtätigung des Wiederrufs zu beweiſen im Stande wäre, da er denn damit auch nach dem Tode des donantis und nach erfolgtem Erkenntniſſe billig zu hören iſt.

k) *L.* 10. *C. de Reuoc. donat.*

LVI.

Ob eine gefängliche Haft des Geſchiechts wegen für bedenklich zu achten ſey?

Dieſe Frage ſcheinet allem Anſehen nach ohne die mindeſte Einſchränkung bejahet werden zu müſſen, da die in Deutſchland geltenden Römiſchen Rechte ſolches genau vorſchreiben.[a]). Die Wohl-

a) *Auth. Hodie nouo Iure C. de cuſtod. reor.* v. Hodie nouo Iure nullam mulierem pro pecunia fiſcali, ſeu priuata cauſa, aut pro crimine quolibet modo in carcerem mitti, aut includi, aut cuſtodiri concedimus, ſed ſi pro fiſcali, aut priuato debito pulſetur, per virum ſuum, aut quem alium legitime reſpondeat. Quod ſi noluerit vel reſpondere vel perſequi litem ſuam, legitime in rebus ſuis executio procedat. Si vero tale ſit crimen, vt neceſſe ſit, eam cuſtodiri, ſi quidem fideiuſſorem dare poteſt, ipſi credatur. Si vero iurauerit: fideiuſſorem dare ſe non poſſe, iuratoriam cautionem praeſtet de Iudicii obſeruatione. Sed ſi crimen grauiſſimum ſit, de quo accuſatur, in monaſterium vel aſceterium mittatur, vel mulieribus tradatur, per quas cuſtodiatur. Iudices autem qui haec non ſeruant, ſi maiores ſint, viginti librarum auri poenam: ſi minores, decem ſoluant. Obedientes autem eis in praedictis caſibus ſpoliati cingulo dentur in exilium. S. auch *Auth. ſed nouo Iure C. de offic. diuerſ. Iudic. et Nouella* 134. *cap.* 9.

Wohlanſtändigkeit und die weibliche Schamhaftigkeit geben dieſen Verordnungen ein groſſes Gewicht, und erwerben ihnen daher vielen Beyfall [b]). Verſchiedene ſtatutariſche Rechte [c]) ſtimmen hiemit genau überein, indem ſie verordnen, daß eine Frauensperſon, die ohne Einwilligung des ihr zugeordneten Vormundes Geld aufgeborget, nicht ſowohl zur gefänglichen Haft gebracht werden, als vielmehr ihr das Oberkleid, bis ſie Anſtalt zur Bezahlung gemacht, von ihrem Gläubiger abgenommen werden ſolle. Dieſe alte Gewohnheit unſerer Vorfahren, nach der Frauensleute wegen gemachter Schulden nicht ſowohl zur gefänglichen Haft zu bringen ſind, als vielmehr mit ihnen weit gelinder, als mit Mannsperſonen unter gleichen Umſtänden zu verfahren iſt, findet bey den angeſehenſten Rechtslehrern [d]) noch heutiges

b) BRVNNEMANN *in Comment. ad Cod. Tit. de offic. diuerſor. Iudic.*

c) Das Lübeckſche Recht *Lib.* 1. *Tit.* 3. *Art.* 1. in den Worten: „Hiemit aber iſt verbotten Frawens-„Perſonen den Creditorn an die Hand zu geben, „die nicht bezahlen können, doch mag der Creditor „zu allen Zeiten, wann er ſie betrift, ihr das ober-„ſte Kleid abnehmen, bis ſo lange ſie bezahlet hat,“ S. auch das Hamburgiſche Stadt-Recht *P.* 2. *Tit.* 8. *Art.* 1. in den Worten: „Hette ſie aber „ohne Conſens ihres Vormunds etwas aufgebor-„get, oder gekauft, ſoll dem Gläubiger verſtattet „werden, ihr das oberſte Kleid abzunehmen, bis „daß er bezahlet iſt.“

d) IO. SAM. STRYCKII *Diſſ. de Iure ſingulari feminarum Hamburgenſium. Hal.* 1702. *c.* 2. §. 33. f.

Tages vielen Beyfall. Dieſe wollen, daß Frauensperſonen, wenn ſie gleich einen vorſätzlichen Banquerout gemacht, oder von Obrigkeitswegen erklärte Kauffrauen ſind, dennoch gemachter Schulden wegen nicht gefänglich eingezogen werden können, vielmehr, daß es noch heutiges Tages bey der Vorſchrift gemeiner Rechte lediglich das Bewenden behalten müſſe, wenn Landesgeſetze hierunter nicht etwas näheres beſtimmen. Allein, nach den ſehr gegründeten Bemerkungen der neueſten Rechtslehrer [e]) können die Vorſchriften des Römiſchen Rechts in keine Wege dazu dienen, um die aufgeworfene Frage ſchlechterdings und ohne Einſchränkung zu bejahen. Sie wollen, daß die tägliche Erfahrung das Gegentheil lehre, und die Einrichtung unſerer Gefängniſſe beſonders auch von der Beſchaffenheit ſey, daß die Wohlanſtändigkeit und Schamhaftigkeit bey der Inhaftirung der Frauensperſonen nicht füglich Gefahr laufen könne. Ueberdieß ſey es gewöhnlich, daß die Frauen der Gefangenwärter bey Gefangenen ihres Geſchlechts die Stellen ihrer Ehemänner vertreten.

Meinem wenigen Bedünken nach iſt bey der Frage: ob eine zu verhängende Haft des Geſchlechts wegen zuläßig ſey? vor allen Dingen ein Unterſcheid zu machen, ob ſie wegen überwieſener, oder wenigſtens angeſchuldigter Verbrechen zu ver-

fü-

ſ. Ei. *Diſſ. Iurid. Select. Francof. et Lipſ.* 1730. *Vol.* 1. *Diſp.* 10.

e) Beyträge zur juriſtiſchen Litteratur in den Preußiſchen Staaten 1779. im 4ten Stück.

fügen, oder, ob lediglich von Schulden und Civilſachen überhaupt die Rede ſey. In dem erſten Fall iſt wiederum dahin zu ſehen, ob die verhängte Haft zur Strafe, oder der Aufbewahrung wegen, geſchehen ſolle? Was den erſten Fall anlanget, ſo kann das Römiſche Recht dabey um ſoweniger zur Entſcheidung kommen, als nach demſelben die Gefängniſſe nicht ſowohl zur Strafe, als vielmehr lediglich zur Aufbewahrung, zu dienen pflegten [f]). Unter der bereits angeführten Vorſicht, daß nämlich die zum Gefängniß verurtheilte Frauensperſonen in beſondere Behältniſſe eingeſchloſſen und hauptſächlich, wenn die Umſtände etwa eine beſondere Vorſicht nöthig machen, unter der Aufſicht der Ehefrauen der Gefangenwärter gelaſſen werden, iſt daher die Verurtheilung der Frauensperſonen zur Gefangenſchaft als zur Strafe für ganz unbedenklich zu achten, und auch ſolche dem Befinden nach allenfalls durch eine Speiſung bey Waſſer und Brodt zu ſchärfen. Aus den angeführten Gründen pflegen die Landes-Verordnungen, welche die Banqueroutirer zu den Schuldthürmen verurtheilet wiſſen wollen, unter dem Geſchlecht nicht zu unterſcheiden [g]), vielmehr die feſtgeſetzten Strafen der Banqueroutirer auch auf die

f) *L. 8. §. 9. D. de poen.* v. Carcer enim ad continendos homines, non ad puniendos haberi debet.

g) Dieſe Beyträge *n. XIII.* Von der Strafe der Banqueroutierer, oder der böſen Schuldner nach älteren und neueren Geſetzen.

Eheweiber, die bey einem üppigen und verſchwenderiſchen Leben den Verfall ihrer Ehemänner mit befördern helfen, beſonders auszudehnen [h]). Was aber den zwoten Vorfall betrift, oder, da die Gefangennehmung der Aufbewahrung wegen verhänget wird, ſo macht das Römiſche Recht einen an ſich ſehr gegründeten und noch heutiges Tages anwendlichen Unterſchied, ob von einem grauiſſimo crimine, oder von andern geringen Verbrechen und ſogenannten Begünſtigungen, die Rede ſey. In dem erſten Fall hat ſogar ſelbſt nach dem Römiſchen Rechte die Gefangennehmung einer Frauensperſon unter der zugleich empfohlenen Vorſicht keinen Zweifel [i]), und ſie kann daher bey genugſam vorhandenen Anzeigen ohne alles Bedenken verfüget werden. In dem andern Fall aber und wenn die Bezüchtigung geringe Verbrechen betrift, findet die Gefangennehmung auch bey Mannsperſonen der Regel nach keine Anwendung [k]), und es hat

h) Die Mecklenburgiſche Hof⸗ und Landgerichts⸗Ordnung im 2ten Theil Tit. 45. §. 1.

i) *Nouella* 134. *cap.* 9. v. Si vero grauiſſimum inveniatur crimen in quo accuſatur, in monaſterium aut in aſceterium mittatur: aut mulieribus tradatur, per quas poteſt publice et libere cuſtodiri: tunc autem illa procedant in eam, quae legibus definita ſunt. S. auch *Auth. nouo Iure Cod. de cuſtod. reor.*

k) MEV. *P.* 1. *Dec.* 4. BOEHMER *ad art.* 11. *CC.* §. 4. ENGELBRECHT *in Select. Obſ. forenſ. Obſ.* 103. Struben in dem 4ten Theil der rechtl. Bedenken *p.* 168. PVFENDORF *in Introduct. Proc. Crim. cap.* 2. §. 18.

hat bey dem unter ſolchen Umſtänden, Inhalts des Juſtinianeiſchen Rechts [l]), zu beſtellenden Vorſtande durch Bürgen, oder allenfalls mittelſt endlicher Angelobung vor ausgemachter und entſchiedener Sache nicht weichhaft werden zu wollen, das Bewenden. Da inzwiſchen nach den gegründeten Bemerkungen der Rechtslehrer [m]) die Geſetze eigentlich mulieres honeſtas, oder vielmehr gar eine matrem familias voraus ſetzen, wenn ſie bey den Gefangennehmungen der Frauensperſonen ſo viele Vorſicht beobachtet, und einen Misbrauch hierunter ſogar am Leben beſtrafet wiſſen wollen [n]), ſo ſcheinet es auch ſelbſt nach dem Römiſchen Rechte kein Bedenken zu haben, daß mulieres inhoneſtae, deren eydlichen Verſicherung man mit Grunde

l) *Cit. Nouella* 134. *c.* 9. v. Si vero crimen ſit, quod infertur mulieri, in quo neceſſarium eſt ipſam cuſtodiri: ſi quidem fideiuſſorem perſonae praeſtare poteſt, ipſi credatur. Si vero iurauerit, non poſſe ſe dare fideiuſſorem, iuratoriam cautionem faciat de obſeruatione Iudicii.

m) WESTENBERG *in Comm. ad Pandectas Lib.* 48. *Tit.* 3. §. 8.

n) *L.* 1. *C. de offic. diuerſ. Iudic.* v. Nemo Iudex aliquem officialem ad eam domum, in qua mater familias degit, cum aliquo praecepto exiſtimet eſſe mittendum, vt eandem in publicum protrahat, cum certum ſit, debita eius, quae intra domum conſiderato ſexu ſemet contineat, domus eius vel cuiuscunque rei habita diſtractione publicis neceſſitatibus poſſe ſeruari. Quod ſi quis in publicum matrem familias poſthac crediderit protrahendam, inter maximos reos citra vllam indulgentiam capitali poena plectatur.

de nicht trauen kann, bey denen gegentheils die Flucht zu beſorgen ſtehet, und deren Stande und gutem Namen durch die Gefangennehmung kein Nachtheil wiederfähret, auch geringer Vergehungen wegen zur Aufbewahrung gefänglich eingezogen werden können, und daß es unter ſolchen Umſtänden bey demjenigen, was nach dem gemeinen Gerichtsbrauch in Abſicht der Landläufer ſtatt findet, das Bewenden behalte [o]).

Wäre inzwiſchen nicht ſowohl von Verbrechen, als vielmehr von gemachten Schulden, oder ſonſtigen Civilſachen, die Rede, ſo fällt in dergleichen Fällen die Inhaftirung ſchon bey Mannsperſonen hinweg [p]), und kann daher um ſoweniger bey einer Frauensperſon ſtatt finden. Es iſt ihr daher ſodann billig frey zu laſſen, daß ſie ihre Sachen, entweder durch ihren Ehemann, oder, wenn ſie etwan eine Witwe, oder unverheirathet wäre, durch einen andern dazu beſonders Bevollmächtigten, wie es das Juſtinianeiſche Recht ebenfalls vorſchreibet, betreiben laſſe [q]).

Hie=

o) KOCH *Inſt. Iur. Crimin.* §. 758. *de* BOEHMER *ad art.* 11. *CC.* §. 2.

p) MEV. *P.* 1. *Dec.* 1. *n.* 8. v. Regulariter ob cauſam ciuilem, ſeu pecuniariam carcer prohibitus eſt.

q) *Nouella* 134. *c.* 9. v. Neceſſarium vero credimus et illud competenti adiutorio emendare, vt nulla mulier de qualibet re includatur aut cuſtodiatur, ſed ſi quidem pro fiſcalibus debitis aut priuatis pulſetur, ſecundum legem mulier aut per virum ſuum, aut per ſe, aut per quam voluerit perſonam legitime reſpondeat et tranſigat.

Si

Hiebey hat es nun auch freylich, wenn eine Frauensperſon Schulden wegen angeklaget wird [r]), der Regel nach, das Bewenden. Dagegen aber kann eine Perſon weiblichen Geſchlechts unter den oben vorgekommenen Einſchränkungen Schulden wegen nach dem heutigen Gerichtsbrauch nicht allein zur Gefangenſchaft verurtheilet, ſondern auch zur Sicherheit ihrer Gläubiger allerdings gefänglich eingezogen werden, jedoch nur nach gehöriger Cauſae cognitio und rechtskräftigem Erkenntniß. Ich gebe inzwiſchen bey dem letzteren Fall gerne zu, daß eine ſolche Inhaftirung nur eigentlich bey Wittwen und unverheiratheten Frauensperſonen [s]), nicht aber bey Ehefrauen, füglich ſtatt finden könne [t]). Wenn auch gleich die Rechtslehrer die Fra-

Si vero vidua ſit; aut non a principio viro coniuncta: liceat ſimiliter mulieri aut per ſe aut per quos voluerit, propria iura proponere ſecundum legem.

r) Die Römiſchen Rechte, indem ſie die Inhaftirung von Frauensperſonen, gemachter Schulden wegen verbiethen, handeln hauptſächlich von einer deshalb angeklagten, aber noch nicht verurtheilten Frauensperſon, ſ. die oben angeführten Beyträge zur Litteratur in den Preußiſchen Staaten.

s) Daß auch bey ſogenannten Kauffrauen nach Hamburgiſchen und Lübeckſchen Stadtrechten eine Inhaftirung platzgreiflich werden kann, iſt in meiner *Diſſertatio de femina mercatrice ad Tit.* 8. *P.* 2. *art.* 1. *Iur. Hamburgenſis. Bützouii* 1779. §. 15. mit mehrerem gezeiget worden.

t) PERETZ *ad Cod. Tit. de cuſtod. reor. n.* 6. v. Mulierem quoque ob ciuile debitum, carcere conclu-

Frage: ob eine Frauensperſon ſich heutiges Tages zur Erfüllung einer übernommenen Verbindlichkeit, und beſonders zur Bezahlung einer Schuld, bey Einſchlieſſung im Gefängniſſe verbindlich machen könne? nach dem angeführten Unterſchiede unter Wittwen, oder unverheiratheten Frauensperſonen und Ehefrauen beantworten, und bey letzteren die Frage verneinet, bey erſteren aber bejahet wiſſen wollen [u]), ſo bin ich gleichwohl davon überzeuget, daß ſie billig ohne Einſchränkung zu verneinen ſey. Denn, da die Reichsgeſetze die ehemalige Gewohnheit, ſich bey dem Selbſtzwange des Einlagers verbinden zu dürfen[x]), mit Ausſchluß

cludi vult fori vſus, diſtinctione adhibita inter mulierem coniugatam et ſolutam. Mulierem quae marito iuncta eſt, pro debitis in carcerem coniici non poſſe, ſaepius iudicatum refert ARNAEVS *Robert. Lib.* 2. *rer. Iud. c.* 6. propter honorem matrimonii, quo ſtante habet maritus in vxoris corpus ius ac dominium, atque is nexus omni alia obligatione potentior eſt, ita vt non poſſit ob aes alienum praecedens, aut ſubſequens, vxoris corpus in praeiudicium mariti, carceris cuſtodiae ſubiici. At illa quae vidua eſt, aut maritum non habet, nihil vetat, quin eius corpus obligari, et ad debiti exſolutionem ſub carceris cuſtodia adſtringi queat; a qua tamen moleſtia liberari poterit ſoluendo, cautionem praeſtando, aut bonis cedendo.

u) PERETZ *c. l.*

x) HELLFELD *in Repertor. Iur. priuat. p.* 1408. POTGIESSER *de obſtagio perſonali.*

ſchluß der Holſteinſchen Lande [y]) aufgehoben und verboten haben [z]), ſo iſt dadurch meinem Bedünken nach jene Verbindung zugleich für unzuläßig erkläret worden. Wenn nun zwar angeſehene Rechtslehrer dieſelbe dem ohngeachtet für rechtsbeſtändig erkläret wiſſen wollen, wenn ſie mit Vorwiſſen der zuſtändigen Obrigkeit eingegangen und vollzogen wäre [a]), ſo kann ich denenſelben gleichwohl nur unter der Einſchränkung, daß ausdrückliche Landesgeſetze, wodurch jene Verbindung beſonders beſtätiget würde, vorhanden ſeyn, meinen Beifall geben. Denn in Ermangelung derſelben iſt eine Verbindung auf Gefängniß auf dem Fall der Nichterfüllung ſchon bey Mannsperſonen unſtatthaft, und daher kann dieſelbe noch weniger bey Frauensperſonen, bey denen noch ein ſtärkerer Grund vorhanden, einige Kraft und Wirkung hervorbringen.

y) *I. P. O. art. VIII. §. 5.*

z) Reichs=Policey=Ordnungen von 1548 und 1577. Tit. 17.

a) RICCIVS *in Delineat. Iur. Germanici de conuentione obligationis debitoris ad carcerem in cauſa debiti. Goet.* 1778.

LVII.

Ob einem Beſtohlnen, mit deſſen entwandten Gelde gewiſſe Sachen gekaufet, oder ſonſt angeſchaft worden, auf letztere ein Eigenthum, oder Pfandrecht zuſtehe [a])?

Es iſt ausgemachten Rechtens, daß *einem* Beſtohlnen, deſſen entwandte Sachen ſich *noch* wirklich unter den Gütern des Diebes befinden, dieſelben, ſobald die That, oder das ſogenannte Corpus Delicti durch die eydliche Schätzung, entweder der Sachverſtändigen, oder in deren Ermangelung, des Beleidigten ſelbſt zur gehörigen Gewißheit gebracht worden, ohne alle Abkürzung müſſen verabfolget werden [b]), wenn gleich der Dieb,

a) Es hänget dieſe Frage mit derjenigen Abhandlung, die in N. XX. dieſer Beyträge ſich findet, genau zuſammen. In Vorausſetzung derſelben werde ich die aufgeworfene Frage nur in Verbindung mit jener Abhandlung beantworten dürfen.

b) Art. 158. und 207. P. G. O. Es mögen auch dem Beſtohlnen keine andere Koſten, als die entweder auf die Wiedererlangung der entwandten Sachen, oder auf die Fütterung des etwa geſtohlnen Viehes nothwendig haben verwandt werden müſſen, in Rechnung gebracht werden. Claproth in der Einleitung in ſämtliche ſummariſche Proceſſe, in der Materie vom peinlichen Proceß S. 59.

Dieb andere privilegirte Gläubiger hätte, oder vielleicht öffentliche Gelder untergeſchlagen, oder den Zoll und Acciſe betrogen haben mögte [c]). Dieſe Sätze haben auch ſodann keinen Zweifel, wenn gleich der Beſtohlne die Entwendung derjenigen Sachen, die er in Anſprache nimmt, nicht nach aller Strenge beweiſen könnte, indem ihm dieſerhalb bey dem Mangel gegründeter Bedenklichkeiten, allenfalls auf ſeinen Eyd zu glauben iſt [d]). Bey dieſen unläugbaren Rechtswahrheiten ſcheinet die Bejahung der oberſtehenden Frage nicht den allermindeſten Zweifel zu haben, und es muß allem Anſehen nach für einerley angeſehen werden, ob der Beſtohlne ſeine entwandte Sachen bey dem Diebe noch in ihrer unveränderten Geſtalt, und, wie man zu reden pflegt, in Natura finde, oder, ob der

c) Carrach in den rechtlichen Urtheilen und Gutachten in peinlichen Sachen *n.* 10.

d) Art. 208. P. G. O. „Bewieſe aber ein Kläger „in obgemeldtem Fall, der anſprüchigen Haabe hal„ber, die Eigenſchaft gnugſam, und könnte doch dar„bey nicht beweiſen, daß ihm die durch Raub, oder „Diebſtahl, entwendet worden wäre, und die Ant„worter möchten dagegen zu Recht nicht gnug dar„bringen, daß dieſelbe kriegiſche Haabe mit gutem „rechtmäßigem Titul, von dem Kläger bracht, und „an ſie kommen wäre, ſo ſoll dem Kläger auf „ſeine Betheurung mit dem Eyd (daß ihm „ſolche Güter geraubt, oder geſtohlen wor„den ſeyn) geglaubt werden, und ihm die„ſelbe abermahls immaßen als obſtehet, dar„auf folgen.“

der Dieb mit dem geſtohlnen Gelde vielleicht gewiſſe Sachen und Mobilien angeſchaffet habe. Nicht allein die ſtrengſte Billigkeit ſcheinet eine ſolche Anſprache eines Beſtohlnen zu begünſtigen, ſondern auch die geſchriebenen Rechte, beſonders die peinliche Gerichts-Ordnung, beſtätigen allem Anſehen nach dieſelbe, indem die letztere es den peinlichen Gerichten zu einer beſonderen Pflicht macht, nicht allein für die gute Aufbewahrung geſtohlner Güter und deren Wiedergabe an ihren rechtmäßigen Beſitzer von Amtswegen zu ſorgen [e]), ſodern auch dahin zu ſehen, daß vor allen Dingen dem Beſchädigten der Diebſtahl, oder Werth dafür, wenn es in des Diebes Vermögen iſt, wiederum werden möge [f]). Diejenigen Rechtslehrer daher, die den Beſtohlnen ſchlechterdings allen andern Gläubigern vorziehen, oder ihm wenigſtens ein geſetzliches Pfandrecht einräumen [g]), haben anſcheinlich die Geſetze auf ihrer Seite. Ueberdieß giebet es mehrere ähnliche Fälle, in welchen demjenigen, mit deſſen Gelde gewiſſe Sachen angeſchaffet worden, wo nicht das Eigenthum, doch wenigſtens ein beſonderes privilegirtes Pfandrecht von den Geſetzen eingeräumet wird. Denn ſo erlau-

e) Art. 207. P. G. O.

f) Art. 158. P. G. O. in den Worten: „Und vor „allen Dingen den Beſchädigten den Dieb„ſtahl, oder Werth dafür, ſo es in des Diebs „Vermögen iſt, wiederum werden.“

g) BERGER *in Elect. Crimin. p.* 37. BEYTHER *de Iur. praelat. P.* 1. *c.* 44. und *P.* 2. *c.* 9.

lauben ſie den Soldaten diejenigen Sachen, die mit ihrem Gelde erkauft [h]), imgleichen den Pupillen dasjenige, was ihre Vormündere ſich mit ihrem Gelde auf eigenen Namen angeſchafft haben, zu vindiciren [i]), und bey ausgebrochenem Concurſe ein Abſonderungsrecht dieſerhalb zu begehren [k]). Sie geben ferner der Ehefrauen in denjenigen Sachen, die der Ehemann mit ihren Dotalgeldern auf ſeinem eigenen Namen gekauft [l]), ſo wie auch denjenigen, die zur Wiederherſtellung und Beſſerung eines Gebäudes Geld geborget [m]), imgleichen dem Ehegatten, mit deſſen in ſtehender Ehe gemachtem Geſchenk der andere ein gewiſ-

h) *L.* 8. *C. de rei Vindicat.*

i) *L.* 2. *D. quando ex fact. tut.* LAUTERBACH *in Coll. Th. pract. Tit. quando ex fact. tut.* §. 3.

k) Gmelin in der Ordnung der Gläubiger bey dem über ihres Schuldners Vermögen entſtandenen Gant-Proceſſe, Frankf. und Leipz. 1776. C. 1. §. 12.

l) Wenn gleich Sachen, die mit dem Dotalgelde gekauft worden, deshalb nicht ſofort der Ehefrauen als Eigenthum gehören, *L.* 12. *C. de Iur. dot.*, ſo werden jene gleichwohl als zum dote gehörend angeſehen. *L.* 54. *ff. de Iur. dot.* Weſtphal in dem Verſuch einer ſyſtematiſchen Erläuterung der ſämtlichen Römiſchen Geſetze vom Pfand-Recht. Leipz. 1770. §. 100. *n.* 120.

m) *L.* 24. §. 1. *de Reb. auct. Iud. poſſidend. L.* 1. *in quib. cauſ. pign. vel hyp.* Einen gleichen Vorzug hat jedoch der Gläubiger nicht, der zum Aufbau von Häuſern Geld leihet, im Fall jener ſich nicht auf verfallene Häuſer beziehet. PUFENDORF T. 4. *Obſ.* 194.

ſes Grundſtück angekauft [n]), und endlich den Minderjährigen in allen Sachen überhaupt, die mit ihrem Gelde angeſchafft worden [o]), ein ſtillſchweigendes, oder geſetzliches Pfandrecht. In unſerm angenommenen Falle ſcheinet wenigſtens eben derſelbe Grund, als in den angeführten Fällen, vorhanden zu ſeyn, und daher dem Beſtohlnen, wo nicht die Vindications-Klage, doch wenigſtens ein privilegirtes Pfandrecht *unter allen* Umſtänden auf die mit ſeinem Gelde *erkaufte* Sachen zuzuſtehen. Als ein Nebengrund dürfte dabey *auch* der favor vitae humanae in viele Erwägung *kommen*, indem eine entweder gänzlich, oder doch zum *theil* erfolgende Schadens-Erſetzung auf das Schickſal eines Diebes, oder auf die Schärfung und Milderung ſeiner Strafe bekannten Rechten nach einen ſehr erheblichen Einfluß hat [p]), und die bewährteſten Rechtslehrer nicht allein bey Diebſtählen ohne beſchwerende Umſtände [q]), ſondern auch ſogar, wo ſolche vorhanden ſind, mithin auch bey gefährli-

n) *L. 55. D. de donat. inter Virum et vxorem.* Weſtphal a. O.

o) *L. 7. pr. qui pot. in pign. L. 3. de reb. eor. qui ſub tutela vel curatela.*

p) HOMMEL *Diſſ. de mitigat. poen. ob reſtitutionem rei ablatae. Lipſ.* 1737. BECK *de eo quod iuſtum eſt circa reſtitutionem rer. furtiu. Ien.* 1726. LVDOVICI *de reſtitutione rei furtiuae. Hal.* 1712.

q) Art. 160. P. G. O. BOEHMER *ad art.* 160. *CC. §. 9.* KOCH *in Inſt. Iur. Crimin. §.* 211.

lichen [r]) und zum drittenmale wiederholten [s]) darauf geſehen wiſſen wollen [t]). Da auch die bekannte alte deutſche Parömie: **mit dem Tode wettet man dem Richter und büſſet dem Kläger**, ſo ſehr auſſer aller Anwendung iſt, daß ein Beleidigter, ohne auf die Strafe, die der Verbrecher etwa zu leiden hat, zu ſehen, und ohne Unterſchied, ob ſolche eine peinliche, oder andere

 ſey,

r) SCHORCH *in Sentent. et reſponſ. ſelect. Sentent.* 119. *n.* 17. Wäre jedoch der Dieb ein ſolcher Menſch, der ſeine Diebſtähle unter beſonders gefährlichen Umſtänden, und noch dazu mit beſonderer Gefliſſenheit verübet, ſich durch geſchehene Beſtrafung von fernerem Stehlen nicht abhalten laſſen, vielmehr das Stehlen häufiger, als zuvor getrieben hätte, und würde er ſolchergeſtalt ein Menſch ſeyn, bey dem alle, einigermaßen gegründete Hofnung zur Beſſerung wegfiele, ſo wollen bewährte Rechtslehrer bey gefährlichen Diebſtählen auf die Wiedererſtattung nicht als einen beſonderen Milderungsgrund geſehen wiſſen, ſ. **Meiſter in den rechtlichen Erkenntniſſen und Gutachten in peinlichen Fällen im erſten Theil** *Dec.* 63. *n.* 11.

s) KRESS *ad art.* 162. *CC.* §. 1. *n.* 2. CLASEN *ad eund. artic.* , HARPRECHT *Dec.* 12. *n.* 30. *Dec.* 15. *n.* 27. *Dec.* 130. *n.* 19. *Dec.* 142. *n.* 21. Auf die geſchehene Schadenserſetzung pfleget man beſonders ſodann vielen Betracht zu nehmen, wenn der Dieb nicht bereits zu einem, oder mehrerem male beweislich beſtrafet ſeyn ſollte. S. **Meiſter a. O. im 2ten Theil** *Dec.* 57.

t) Eine hierunter von andern Rechtslehrern abſtimmenmende beſondere Meynung heget MADIHN *in Diſſ. de*

ſey, die Schadens-Erſetzung aus den Gütern ſeines Beleidigers zu fodern berechtiget iſt *), ſo möchte auch in dieſer Hinſicht ein Beſtohlner völliges Recht haben, die mit ſeinem entwandten Gelde angeſchaffte Sachen in Anſprache zu nehmen, und, wo nicht zu vindiciren, doch wenigſtens ein Pfandrecht ſich darauf anzumaßen.

Allein dieſem allen ohngeachtet verdienet die gegenſeitige Meynung, oder die Verneinung der aufgeworfenen Frage, billig den Vorzug. Denn, wenn gleich die Geſetze dem Beſtohlnen ſeine entwandten Sachen, oder den Werth dafür ohne *alle* Abkürzung wieder erſtattet, und die letzteren dem erſteren unter keinerley Vorwande vorenthalten wiſſen wollen, ſo findet ſich gleichwohl nirgends eine beſondere geſetzliche Vorſchrift, vermöge deren ein Beſtohlner auf die mit ſeinem entwandten Gelde etwa angeſchafften, oder gekauften Sachen ſich ein Eigenthum, oder auch nur ein ſtillſchweigendes Pfandrecht mit, oder ohne Vorzug, anmaſſen könnte. In Ermangelung deren aber behält es bey der gemeinen Regel, daß derjenige, mit deſſen Gelde dieſe, oder jene Sachen etwa ange-

de poen. Capital. in furt. haud mitigand. ob reſtitut. rei ablatae. Halae 1757., die aber vom KOCH *c. l.* §. 211. geprüfet und widerleget worden.

*) Art. 107. 111. 113. 158. 207. 208. P. G. O. PÜTTMANN *in Element. Iur. Crimin.* §. 97.

geſchaffet worden, weiter nichts, als eine bloß perſönliche Klage zur Schadens-Erſetzung habe, lediglich das Bewenden, da bekannten Rechten nach ein ſolcher, welcher mit fremden Gelde etwas kauft, ſich dadurch ſowohl die Klage aus dem Kaufcontract, als nach hinzugekommener Uebergabe der Sachen das völlige Eigenthum daran erwirbet [x]). Weil es auch bey ſtillſchweigenden Pfandrechten nothwendig auf ausdrückliche geſetzliche Vorſchriften ankommt, und in deren Entſtehung ſich ſolche überall nicht gedenken, oder vertheidigen laſſen [y]), wenn gleich entweder die Aehnlich-

x) *L. 6. C. de rei vindicat.* v. Si ex ea pecunia, quam depoſueras, is, apud quem collocata fuerat, ſibi poſſeſſiones comparauit ipſique traditae ſunt: tibi vel omnes tradi, vel quasdam ex his compenſationis cauſa ab inuito eo in te transferri, iniurioſum eſt. *L. 4. C. comm. vtriusque Iud. L. 8. C. ſi quis alteri, vel ſibi ſub alt. nomine.* v. Qui aliena pecunia comparat, non ei cuius nummi fuerunt, ſed ſibi tam actionem empti, quam dominium, ſi ei fuerit tradita poſſeſſio, quaerit. Cum itaque de rebus communibus fratrem patruelem tuum quaedam comparaſſe contendas, de tua pecunia hunc conueniendo, facies conſultius. *Nam in rem de rebus ab eo comparatis, tibi contra eum actio non competit.* Gmelin a. O. Claproth in der Einleitung in ſämtliche ſummariſche Proceſſe. Im Concurs-Proceß. S. 135.

y) HARPRECHT *Trutina pignorum XX. tacitorum vel indubie ſpuriorum vel ſumme dubiorum.* Tu-

lichkeit der Fälle, oder andere anſcheinliche erheb- liche Urſachen dieſem, oder jenem angeblichen pignori tacito das Wort reden ſollten [z]), ſo ver- dienen daher diejenigen Rechtslehrer allerdings vie- len Beyfall, die dem Beſtohlnen in den Gütern des Diebes überhaupt kein Pfandrecht und noch weniger ein privilegirtes zugeſtehen [a]). Dieſer allge-

Tubing. 1705. *vid. ei. Diſſ. V.* 1. *n.* 28. *Eiusd. ſcrutinium octodecim hypothecarum vel indubie ſpuriarum vel ſumme dubiarum. Tubing.* 1705.

z) Denn ſo räumen einige den Kindern in den Gütern ihrer Eltern wegen des Pathengeldes *vid.* THOMASIVS *de hypotheca tacita propter pecuniam luſtricam. Hal.* 1717., andere wegen des Pflicht- theils, ein ſtillſchweigendes Pfandrecht ein. An- dere wollen dem Domino ſoli wegen des rückſtändi- gen jährlichen Canonis mit Berufung auf den *L.* 15. *qui pot. in pign.* ein geſetzliches Pfandrecht einge- räumet wiſſen, *vid.* GEISLER *de hypotheca tacita domini ex cauſa canonis Emphyteutici. Erlang.* 1773. und noch andere geben endlich ſogar dem Klä- ger ohne Einſchränkung auf des Beklagten Vermö- gen eine hypothecam tacitam, oder legalem, ſ. ERXLEBEN *in principiis de Iure pignorum et hypothecarum Methodo ſyſtematica Praelectio- nibus academicis accommodata. Göttingae* 1779. *Sect.* I. *c.* 2. §. 91.

a) *de* BOEHMER *in Meditatt. ad CC. art.* 157. §. 8. welcher daſelbſt folgendergeſtalt merklich ſchreibet: Quid vero de aliis *creditoribus* cum *laeſo* intuitu *pretii* rei ablatae concurrentibus dicendum? an inquam hic illis potior? Mihi ſuper deciſione non adeo laborandum videtur, quum *laeſo* nul- libi *hypotheca*, aut *praerogatiua* indulta, ſine qua

allgemeine Grundſatz wird von andern berühmten Rechtslehrern beſonders auf den angenommenen Fall angewandt, und der Beſtohlne mit ſeiner Anſprache gänzlich ab und zur Erhaltung ſeiner Schadens-Erſetzung lediglich in die Klaſſe der bloſſen Chirographariorum, oder der Buchſchuldner verwieſen [b]). Auch unter dieſen mag ſich der Beſtohlne keinen Vorzug anmaßen [c]), ſondern er

Kkk 5 gehet

qua ſecundum naturam debiti *perſonalis* praelatio ceſſat. Et tamen ſunt, qui hoc creditum reliqua antecedere exiſtimant, eo quod ſecundum *art.* 158. laeſo *ante omnia*, verbis vor allen Dingen ſatisfaciendum ſit, ſed iam ſuboluit TABOR *ad h. a.* verba citata *fiſco* opponi, aliis vero fraudi non eſſe, adeoque nec *creditoribus*, quorum hic nulla mentio fit. S. auch KOCH *in Inſt. Iur. Crimin.* §. 218.

b) VOETIVS *in Comment. ad Pandectas denuo recuſ. Hal.* 1778. *Tom.* 3. *Lib.* 20. *Tit.* 2. §. 33.

c) VOETIVS *l. c. Tit.* 4. §. 37. allwo er folgendergeſtalt merklich ſchreibet: Adhaec dominis pecuniae per furtum ablatae in res per furem *ex pecunia furtiua comparatas, vel in pretium inde redigendum praelationem inter Chirographarios adiudicatum fuiſſe*, NEOSTADIVS commemorat. *Cur. Holl. Deciſ.* 19. Quae ſententia vti *ab aequitate magnopere commendabilis eſt, ita, ſi ſecundum Romani Iuris principia ad examen penitus reuocanda foret, difficilius defendi poſſet*; cum eo iure res ex pecunia mea comparata mea non fiat, ſed nuda mihi perſonalis actio ſuperſit, quoties non nominatim aliud per modum exceptionis a regula ac ex priuilegio cau-

tum

gehet mit denſelben, wie man zu reden pfleget, lediglich pro rata. Gegentheils aber hat es, wie bereits von mir in der andern mit der Gegenwärtigen in Verbindung ſtehenden Abhandlung [d]) gezeiget worden, keinen Zweifel, daß der Beſtohlne mit ſeiner Entſchädigung den auf die Unterſuchung und Ausführung des Erkänntniſſes verwandten Koſten billig vorgehen müſſe.

Die zum Beweiſe des Gegentheils angeführet werdenden Gründe fallen bey einer näheren Prüfung von ſelbſt weg. Denn, was zuvörderſt die vermeyntliche Billigkeit anlanget, ſo iſt dagegen zu erwägen, daß ſie bey dem Mangel, oder vielmehr dem gänzlichen Stillſchweigen der Geſetze niemahls genügen könne, um dieſem, oder jenem, auſſer einem ausdrücklichen Vertrage, ein Pfandrecht einzuräumen [e]). Wenn auch gleich angeführtermaſſen in einigen in den Geſetzen beſonders bemerkten Fällen demjenigen, mit deſſen Gelde dieſe, oder jene Sachen angeſchaffet worden, darauf,

tum inuenitur; *vti id rebus ex pecunia furtiua comparatis cautum non eſt*, quod plenius exequitur ANT. MATTAEVS *de auctionib. Lib.* I. *c.* 18. *n.* 10.

d) S. N. XX. dieſer Beyträge. Von der Beſtimmung des Vorzugs in den Fällen, da das Vermögen eines Angeſchuldigten nicht hinreichet, allen denen Befriedigung zu verſchaffen, die daran Anſprache haben.

e) HELLFELD *in Iurisprudentia forenſi ſecundum Ord. Pandectar.* §. 1086. ERXLEBEN *c. l.*

auf, wo nicht ein Eigenthum, doch zum wenigſten ein ſtillſchweigendes und bisweilen wohl gar ein privilegirtes Pfandrecht zuſtehet, ſo läßt ſich dennoch davon auf andere ganz verſchiedene Fälle kein gegründeter Schluß machen, indem es dem Rechtsgelehrten niemahls freyſtehet, deutliche Geſetze nach einer vermeynten Billigkeit zu erklären, und auf andere Fälle, deren ſie keine Erwähnung thun, anzuwenden f). Eben ſowenig mag der Grund, weil die Schadens-Erſetzung, die der Dieb ganz, oder zum theil leiſtet, die Strafe deſſelben gewöhnlich mildert, gegen die Verneinung der aufgeworfenen Frage in einiger rechtlichen Erwägung kommen. Denn, wenn gleich jener Satz nicht zu bezweifeln iſt, ſo verſtehet ſich gleichwohl in alle Wege dabey von ſelbſt, daß die Anwendung deſſelben nur den Rechten anderer unbeſchadet geſchehen, und ſolchen Gläubigern, die rechtliche Vorzüge vor dem Beſtohlnen haben, nicht nachtheilig ſeyn, und dieſe darunter in keine Wege leiden können.

Es iſt daher die oben angeführte Meynung einiger Rechtslehrer, nach welcher dem Beſtohlnen, wo nicht ein Vorzug vor andern Gläubigern, doch wenigſtens ein Pfandrecht in den Gütern des Diebes zuſtehet, in keine Wege zu vertheidigen, viel-

f) Eichmanns Erklärungen des bürgerlichen Rechts nach Anleitung des Herrn Ordinarius Hellfelds Lehrbuch der Pandecten. Im erſten Theil. Berlin und Stralſund 1779. S. 105.

vielmehr hat es bey der unbeſtimmten Verneinung der aufgeworfenen Frage der Regel nach das Bewenden. Denn, da kein ausdrückliches Geſetz angeführet werden kann, das die gegentheilige Meynung begünſtigte, oder das wenigſtens auch nur ſcheinbar dergleichen Erklärungen zulieſſe [g]), und daher zum Beſten des Beſtohlnen ausgeleget werden könnte, ſo können auch die Regeln der Billigkeit hier nichts entſcheiden [h]), oder die Bejahung der Frage gänzlich, oder doch zum theil begründen.

g) RIVINVS *de benigna Iureconſultorum interpretatione Viteb.* 1752.

h) HAFERVNG *de eo quod durum quidem eſt in legibus ciuilibus ſed non iniquum. Viteb.* 1736. HARTLEBEN *in Meditatt. ad Pandectas, quibus cel. Leyſeri Meditationes variis in capitibus refelluntur et ſupplentur. Francof. ad Moen.* 1778. *Spec.* 4. *med.* 10. 11.

LVIII.

Von Zinſen, die in einer rechtskräftigen Urthel übergangen worden.

Wenn es gleich keinem Zweifel unterworfen iſt, daß ſodann Zinſen überall nicht weiter begehret, oder gefodert werden können, wenn das Kapital, oder der Hauptſtuhl bereits verjähret iſt [a]), ſo ſind gleichwohl die Rechtslehrer in Abſicht der Frage: Ob nach bezahltem Kapital die Zinſen, von denen bey der Abtragung des Hauptſtuhls keine Rede war, gleichwohl annoch rechtsbeſtändig begehret werden können? in ihren Meynungen nicht völlig übereinſtimmend. Denn, einige verneinen die Frage ſchlechterdings, wenn der Gläubiger das Kapital ohne Vorbehalt und Bedingung der noch nachzuzahlenden Zinſen angenommen hätte [b]). Sie berufen ſich auf die allgemeine Befugniß, welche die Geſetze einem jeden Gläubiger einräumen, das ihm etwa bezahlte, aber zur völligen Tilgung der Schuld nicht hinläng-

a) *L.* 178. *de Reg. Iur.* v. Cum principalis cauſa non conſiſtat, plerumque ne ea quidem, quae ſequuntur, locum habent.

b) VOETIVS *in Comment. ad Pandectas Tom.* 3. *Tit.* 1. §. 16.

längliche Geld zuvörderſt auf die Zinſen rechnen zu können [c]). Wenn er nun dieſer ihm geſetzlich zuſtehenden Freyheit ſich nicht bedienet hätte, ſo ſcheine es, daß er ſich der weiteren Einfoderung von Zinſen ſolchergeſtalt bereits ſtillſchweigend begeben habe. Andere Rechtslehrer wollen die Frage nur mit der Einſchränkung, wenn von Verzugszinſen die Rede ſey, verneinet und daher ſodann einen Gläubiger, der das Capital einmahl ohne ſich Verzugszinſen vorzubehalten, angenommen zur Nachfoderung nicht befugt wiſſen [d]). Denn verſprochne und vermöge einer vorgängigen Convention gebührende Zinſen, könne man dem ohngeachtet beſonders fodern und einklagen, und bey ihnen komme der Grundſatz, daß, wenn der Hauptſtuhl getilget worden, auch die Zinſen ſodann von ſelbſt wegfielen, und darüber keine weitere Anregung zu machen ſtehe, nicht in Anwendung [e]). Dieſe letztere Meynung iſt nicht allein an und für ſich die billigſte, ſondern auch den Geſetzen am angemeſſenſten [f]); auch ſind die zum Bewei-

c) *L. 5. §. 3. de Solut. L. 21. C. de vſur.*

d) *Arg. L. 49. §. 1. De act. emt. Meu. P. 1. D. 219. Wernher P. 6. Obſ. 428.* HOMMEL *Obſ. 221.* Beyträge zur Juriſt. Litteratur in den Preuß. Staaten 8. Samml. S. 58.

e) MENCKEN *in Pandect. Lib. 22. Tit. de vſur §. 17.*

f) *L. 49. §. 1. D. de act. emti v. Pretii ſorte, licet poſt moram, ſoluta, vſurae peti non poſſunt:* cum hae non ſint in obligatione, ſed officio Iudicis praeſtentur.

Beweiſe des Gegentheils gewöhnlich angeführet werdende Geſetze bey einer näheren Prüfung derſelben nicht entgegen. Denn, wenn gleich nach den letzteren ein Gläubiger die Freyheit hat, eine ihm geſchehene Zahlung zuvörderſt auf die rückſtändigen Zinſen zu rechnen, ſo iſt doch daraus nicht ſofort zu folgern, daß bey dem Mangel des Gebrauchs dieſer Befugniß, er ſich aller ihm etwa vermöge Vertrags gebührenden Zinſen ſofort ſtillſchweigend begeben habe. Eine ſolche Vermuthung würde wider alle Regeln der Wahrſcheinlichkeit anlaufen, und iſt daher in Entſtehung beſonderer Geſetze, unter keinen Umſtänden zu vertheidigen.

Es iſt inzwiſchen eine andere Frage, die bey der gegenwärtigen Abhandlung mein Hauptaugenmerk iſt, ob Zinſen, die bey Zuerkennung des Kapitals in einer rechtskräftigen Urthel mit Stillſchweigen übergangen ſind, annoch vermittelſt einer beſonderen Action begehret, oder eingeklaget werden können? zu erörtern und zu beantworten. Es ſind Rechtslehrer [g]), die ſie ohne Einſchränkung verneinen, und ſich zur Begründung ihrer Meynung ſogar auf geſetzliche Vorſchriften [h]) berufen.

g) BRVNNEMANN *ad L. 4. C. Depoſiti.* LEYSER *Spec. 253. n. 6.*

h) *L. 13. C. de vſur.* v. Sed ſi finitum eſt iudicium ſententia, quamuis minoris condemnatio facta eſt non adiectis vſuris, nec prouocatio ſecuta eſt, finita retractanda non ſunt: nec eius temporis, quod

rufen. Diejenigen, welche dieſer Meynung zugethan ſind, wollen auch darunter, ob in der Klage auf Zinſen beſonders angetragen, oder libelliret worden ſey, oder nicht, keinen Unterſchied gemacht wiſſen. Denn ihrer Meynung nach iſt die Bitte um Zinſen allemahl als ſtillſchweigend geſchehen anzuſehen, zumahl ein Richter den Partheyen, was ihnen von rechtswegen gebühret, zuzuerkennen ſchuldig iſt, wenn ſie gleich darum nicht beſonders gebeten, oder darauf angetragen haben mögten. Im Fall daher ein Richter in der Urthel auf die Zinſen dennoch keinen Betracht genommen hätte, ſo wären ſie auch ſolchergeſtalt ſtillſchweigend für aberkannt anzuſehen, und der Kläger könne ſich, wenn er die Urthel ohne Gebrauch eines Suſpenſiv-Mittels rechtskräftig werden laſſen, nicht weiter helfen, weil ihm nun nur die rechtskräftig entſchiedene Action zuſtehe, dieſe aber Inhalts der Urthel auf die Zinſen nicht zugeſtanden ſey.

Ande-

quod poſt rem iudicatam duxerit, vſurae vllo iure poſtulantur, niſi ex cauſis iudicati. *L. 4. C. depoſiti* v. Si depoſita pecunia is, qui eam ſuſcepit, vſus eſt, non dubium eſt, etiam vſuras debere praeſtare. Sed ſi cum depoſiti actione expertus es, tantummodo ſortis facta condemnatio eſt: vltra non potes propter vſuras experiri. Non enim duae ſunt actiones, alia ſortis, alia vſurarum, ſed vna, ex qua condemnatione facta, iterata actio rei iudicatae exceptione repellitur.

Andere Rechtslehrer machen jedoch mit mehrerem Grunde unter Zinſen, die ſich auf einem beſonderen Vertrag, oder einer Convention gründen, und ſolchen, die nur aus der Säumniß des Schuldners erwachſen und ex officio Iudicis gebühren, einen Unterſchied [i]). Wegen der erſteren läugnen ſie, daß ihnen die Exceptio rei iudicatae entgegen ſtehe [k]), wohl aber geben ſie deren Anwendung in Abſicht der letzteren zu [l]). Diejenigen Rechtslehrer, die dieſer Meynung zugethan ſind, behaupten mit vielem Grunde, daß die Rechtskraft nur in Abſicht derjenigen Dinge überhaupt etwas entſcheiden könne, worüber würklich etwas rechtskräftiges entſchieden, nicht aber auf ſolche Dinge, worüber nicht erkannt worden, und die man ſogar mittelſt einer beſonderen Action zu fodern berechtiget iſt, als z. B. die Conventional-Zinſen, irgend einigen gegründeten Einfluß haben könne [m]). Solchen Zinſen, die vermöge beſon-

i) BELLMANN *de effectu ſententiae ad omiſſa in reſtitutione fructuum, expenſarum et vſurarum* §. 4. BERGER *in Oecon. Iur. Lib.* 2. *Tit.* 2. *Th.* 34. *n.* 9. Struben in dem erſten Theil der rechtlichen Bedenken *n.* 63. MEV. *P.* 3. *Dec.* 420. WERNHER *Tom.* 2. *P.* 6. *Obſ.* 377.

k) *L.* 1. *C. de vſur.* v. Iudicio coepto vſurarum ſtipulatio non eſt peremta. Supereſt igitur, vt debitorem eius temporis, quod non eſt in Iudicium deductum, conuenire poſſis.

l) *L. vlt. ff. quod certo loco. L.* 4. *C. depoſiti.*

m) *L.* 16. *D. de exc. rei iudicatae.* v. Euidenter enim iniquiſſimum eſt, proficere rei iudicatae exceptionem ei, contra quem iudicatum eſt.

beſonderen Vertrags gebühren, kann daher nur ſodann die Rechtskraft entgegen ſtehen, wenn das Erkenntniß darauf ausdrücklich gerichtet geweſen iſt, und ſie darin aberkannt ſind [n]). Bey Verzugszinſen, worauf nicht erkannt, ſondern die mit Stillſchweigen übergangen worden, gilt gegentheils nach der Vorſchrift der Geſetze die Regel: ſublato principali tollitur acceſſorium [o]), und ſie fallen daher in Gemäßheit jener Regel gänzlich hinweg, wenn der Gläubiger das Erkenntniß, worin ihm keine Verzugszinſen ausdrücklich zugebilliget worden, ohne Einlegung eines Rechtsmittels rechtskräftig werden laſſen. Dagegen kann eine in der Urthel geſchehene Uebergehung der Conventional-Zinſen dem Gläubiger um ſoweniger ſchaden, als ihm der Zinſen wegen, die er vermöge Vertrags zu fodern berechtiget iſt, eben ſowohl eine actio principalis zuſtehet, als ihm wegen des Hauptſtuhls zuſtand. Es muß daher auch einem Gläubiger in alle Wege freyſtehen, die erſtere annoch in Anrege zu bringen, wenn er gleich die Hauptſchuld ſchon bezahlt erhalten hätte [p]). Es kommt auch bey der allgemeinen Anwendung der Regel, daß Conventional-Zinſen, die in einer rechts-

n) MEVIVS *c. l.*

o) *L.* 13. *C. de vſur. L.* 4. *C. depoſiti. L.* 49. §. 1. *de act. emti.*

p) *L.* 75. §. 9. *de V. O.* v. qui ſortem ſtipulatur, et vſuras quaſcunque, certum et incertum ſtipulatus videtur, et tot ſtipulationes ſunt, quot res ſunt. *L.* 1. *C. de Iudic. L.* 8. *de eo quod certo loco.*

rechtskräftigen Urthel etwa übergangen ſeyn ſollten, dennoch mittelſt einer beſonderen Action eingeklaget werden können, nicht darauf an, ob die Zinſen zugleich mit dem Kapital in einem Inſtrument, oder Schuldverſchreibung verſprochen worden, oder, ob ſie ſich vielmehr auf einem beſonders errichteten Vertrage gründen. Denn in beyden Fällen hat es bey dem im allgemeinen feſtgeſetzten Grundſatze lediglich das Bewenden.

Nach den Bemerkungen der bewährteſten Rechtslehrer [q]) hat auch das neuere Juſtinianeiſche Recht darunter, daß Conventional-Zinſen, die in einer rechtskräftigen Urthel mit Stillſchweigen übergangen worden, dennoch mit Beſtande Rechtens eingeklaget werden können, keine Veränderung gemacht. Denn der anſcheinendlich entgegen ſtehende *L. 26. pr. C. de vſur.* [r]) rede eigentlich nicht von Zinſen überhaupt, die ſich auf einem beſonderen Vertrage gründen, ſondern lediglich von ſolchen, die wegen des Verzuges in der

q) VOETIVS *c. l.*

r) V. Eos qui principali actione per exceptionem triginta vel quadraginta annorum, ſiue perſonali ſiue hypothecaria ceciderunt, iubemus non poſſe *ſuper vſuris vel fructibus praeteriti temporis aliquam mouere quaeſtionem*, dicendo, ex iisdem temporibus, eas velle ſibi perſolui, quae non ad triginta vel quadraginta praeteritos annos referuntur, aſſerendo ſingulis annis earum actiones naſci: principali enim actione non ſubſiſtente, ſatis ſuperuacuum eſt, *ſuper vſuris* vel *fructibus iudicem cognoſcere.*

Bezahlung gefordert würden. Dieſes werde daher wahrſcheinlich, weil in jenem Geſetze nur hauptſächlich von fructibus die Rede ſey, die nicht ſowohl vermöge Vertrags, oder Verſprechens, als vielmehr nur wegen der Säumniß, begehret werden können [s]). Dieſe ſehr gegründeten Bemerkungen verdienen meinem Bedünken nach allerdings vielen Beyfall, und es hat daher keinen Zweifel, daß Conventional-Zinſen, worüber nicht beſonders und ausdrücklich rechtskräftig erkannt, die vielmehr in dem Erkenntniſſe mit Stillſchweigen übergangen worden, gleichwohl mittelſt einer beſonderen Action allerdings annoch eingeklaget werden können [t]).

Eben dieſelben Grundſätze aber können auf die in dem rechtskräftigen Erkenntniſſe übergangene Verzugszinſen um ſoweniger angewandt werden, als die Geſetze dieſelben in keine Wege dergeſtalt, als in Abſicht der Conventional Zinſen geſchiehet, begünſtigen. Denn, wenn gleich in zweifelhaften Fällen eine jede Urthel der eigentlichen Abſicht des obſiegenden Theils gemäß zu erklären iſt [u]), ſo kann dennoch dieſer ſonſt richtige Grundſatz gegen den

s) *L. 38. pr. D. de vſur.*

t) FABER *Lib. 4. Def. 4. Tit. 33.* WESTENBERG *ad Pandect. Tit. de vſur.* Es iſt auch dergeſtalt nach dem Zeugniß des PUFENDORFS *Tom. I. Animaduerſ.* 123. bey dem Celliſchen Ober-Appellations-Gerichte erkannt worden.

u) ENGELBRECHT *in Select. obſ. forenſ. Reſp.* 51. *n.* 6.

den ausdrücklichen Ausſpruch der Geſetze, nach denen die in einem rechtskräftigen Erkenntniſſe übergangene Zinſen, die ſonſt wegen der Säumniß gebühret hätten, nun nicht weiter begehret werden ſollen x), in keinen Betracht kommen.

Es verſtehet ſich jedoch im übrigen bekannten Rechten nach von ſelbſt, daß ſolche Zinſen, die allererſt noch einer rechtskräftigen Urthel, aus dem Saumſahl des Schuldners erwachſen, dem Gläubiger unter allen Umſtänden gebühren y). Die Regel, daß bey dem Mangel eines beſonderen Vertrags die in der rechtskräftigen Urthel mit Stillſchweigen übergangene Verzugszinſen nicht weiter gefordert werden können, leidet auch ferner ſodann eine Ausnahme, wann gewiſſe Gläubiger die Güter und Nutzungen, woraus ſie ſich der Zinſen halber bezahlt machen können, ſelber als Pfand-Einhaber in Beſitz haben z). Es iſt auch dergeſtalt beym hieſigen königl. Tribunal in Sachen Felix von Behr auf Vergatz, wider den Gemeinen Anwald von Schmalenſee Dönnier Creditorum in pto *Reluitionis* der Güter Dönne und Boltenhagen noch im Jahr 1785 erkannt worden.

x) *L.* 49. §. 1. *de act. emti. L.* 4. *C. depoſiti.*

y) *L.* 13. *C. de Vſur.*

z) *L.* 8. *D. in quib. Cauſ. pign. vel hyp. tac. contr.* v. Cum debitor gratuita pecunia vtatur, *poteſt creditor de fructibus rei ſibi pignoratae ad modum legitimum vſuras retinere. Leyſer ſpec.* 157. *med.* 3 — 5.

LIX.

Ob den unverſorgten Kindern und der Ehefrau eines Getödteten aus dem Vermögen des Todtſchlägers Unterhalt und Verpflegung gebühre?

Nach den älteren Geſetzen in Deutſchland wurde bekanntlich Mord und Todtſchlag, wenigſtens der Regel nach, nicht am Leben beſtrafet, inzwiſchen lag dem Todtſchläger ob, wenn er anders den Verfolgungen der Familie des Entleibten und beſonders deſſen Schwerdtmagen entgehen, mithin ihrer Privatrache nicht aufgeopfert werden wollte, ſich mit der beleidigten Familie zu vergleichen, und derſelben unter der Bezahlung des ſogenannten **Wehrgeldes** die erfoderliche Genugthuung zu leiſten [a]). Nachdem der Maximilianiſche Landfriede in Deutſchland alle Privatbefehdungen ſchlechterdings aufgehoben hat, die peinliche Gerichts-Ordnung auch ohne Unterſchied, ob die beleidigte Familie es verlange, oder, ob mit ihr durch erfolgte Leiſtung einiger Genugthuung eine Aus-

a) TACITUS *de morib. Germanor. C. XII.* und *XXI.* HEINECCIUS *in Element. Iur. German. Tom.* 2. §. 22. 23. und 248. MAYER *in Diſſert. de hiſtor. Iur. antiquiſſ. circa homicidia. Ien.* 1770.

Ausſöhnung zu Stande gekommen ſey, oder nicht, den Todtſchläger, wenn anders die That in ſeinem Vorſatz ihren Grund hat, am Leben zu beſtrafen befiehlet, ſo hat ſich auch daher der Gebrauch des Wehrgeldes nothwendig gar ſehr vermindern müſſen [b]). Es iſt vielmehr derſelbe an den mehrſten Oertern [c]), wo nicht gänzlich aufgehoben [d]), doch wenigſtens gar ſehr eingeſchränket, und es pfleget beſonders bey vorſätzlichen Todtſchlägen, da der Thäter am Leben beſtrafet wird, niemahls bezahlet zu werden [e]). An denjenigen Oertern, wo es noch im Gebrauch iſt, wird es nach einer gewiſſen feſtgeſetzten Gröſſe, meiſtentheils nur noch ſodann bezahlet, wenn der Todtſchläger mit der Todes- oder einer peinlichen Leibesſtrafe verſchonet

b) Daß auch die Einführung des Römiſchen Rechts in Deutſchland bey der Verſchiedenheit der Grundſätze ebenfalls dazu beygetragen habe, um den Gebrauch des Wehrgeldes zu vermindern, iſt keinem Zweifel unterworfen. BOEHMER *ad* CARPZOV. *q*. 34. *Obſ*. 1.

c) Zu den neueren Schriften vom Wehrgelde gehöret beſonders des Brünings Abhandl. vom Wehrgelde, ſ. die Sammlung der Schriften der Duisburgiſchen Geſellſchaft v. J. 1777.

d) Obwohl auch vordem das Wehrgeld in Mecklenburg im Gebrauch geweſen, ſo iſt gleichwohl daſſelbe heutiges Tages ſchlechterdings auſſer aller Anwendung, ſ. *Select. Iurid. Roſtoch. Faſc.* 1. *Sp.* 7. 9. und MANTZEL *in Iur. Crimin. Meckl.* §. 10.

e) ENGAV *in Element. Iur. Crimin.* §. 354.

net wird *f*), und die Entleibung dabey nicht ſowohl in dem Vorſatze, als in der Fahrläſſigkeit, oder in dem Zufall ihren Grund hat *g*). Ob nun gleich das eigentliche Wehrgeld an wenigen Oertern mehr im Gebrauch iſt *h*), ſo wird dennoch bey verübten Todtſchlägen, nach dem Zeugniſſe der angeſehenſten Rechtslehrer *i*), allenthalben auf ein billiges Verpflegungs-Quantum *k*), das denjenigen

f) CARPZOV. *q*. 27. *n*. 53. KOCH *Inſtit. Iur. Crimin*. §. 464.

g) BERGER *in Oecon. Iur. Lib*. 2. *Tit*. 4. *Th*. 41.

h) In Sachſen erhält ſich annoch der Gebrauch des Wehrgeldes bey einem aus Fahrläſſigkeit begangenen Todtſchlage, und gebühret ſowohl den Agnaten, als Cognaten von beyden Geſchlechtern. Wegen einer erſchlagenen Mannsperſon iſt die Größe des Wehrgeldes noch einmal ſo hoch, als die wegen einer getödteten Frauensperſon beſtimmet, ſ. PÜTTMANN *in Element. Iur. Criminal*. §. 307.

i) COCCEJI *in Iur. controu. Lib*. 9. *Tit*. 2. *q*. 1. Struben in dem 4ten Theil der rechtl. Bedenken *n*. 72. STRYCK *in V. M. Tit. ad Leg. Aquil*. §. 9. Meiſter in den rechtl. Erkenntniſſen und Gutachten in peinlichen Fällen *Dec*. 35. *n*. 32.

k) Ein ſolches Verpflegungs-Quantum iſt von dem ehemaligen Wehrgelde, wenn man auch nur lediglich auf die Abſicht ſiehet, gar ſehr unterſchieden. Denn letzteres wurde hauptſächlich aus der Urſache bezahlet, damit die nahen Verwandten nicht den Tod des Erſchlagenen rächen möchten, HERTIVS *de hered. occiſi vindice*. HEINECCIVS *in Element*.

gen gebühret, denen der Entleibte den Unterhalt ſchuldig war, erkannt. Denn, da durch die Tödtung eines Menſchen viele und große Uebel gewirket werden, ſo iſt nichts billiger, als daß ſie aus dem Vermögen des Todtſchlägers, der ſie verurſachet hatte, erſetzet werden [l]. Die ſcheinbaren Zweifel, die hierwider aus der eigentlichen Beſchaffenheit der actionis ex lege Aquilia gemacht werden können, fallen bey einer näheren Prüfung von ſelbſt weg [m]. In Beſtimmung der Größe eines ſolchen Verpflegungs-Quanti iſt, nachdem die Witt-

ment. Iur. German. T. 1. p. 338. und *Tom. 2. p.* 230. *ſeqq*, erſteres hingegen wird der Wittwe und den Kindern eines Getödteten als eine Art von Entſchädigung ihres verlohrnen Unterhalts zugeſprochen. Dieſes iſt unſerer heutigen Verfaſſung vollkommen angemeſſen, nicht aber das Wehrgeld, als welches letztere vielmehr auf die ehemaligen in Deutſchland erlaubten Befehdungen eine Beziehung hat, und daher bey dem Mangel beſonderer Landesgeſetze billig um ſo mehr wegfallen muß, als die Rache des Erſchlagenen heutiges Tages nicht ſowohl den Anverwandten, als vielmehr der Obrigkeit gebühret.

l) *L. 13. pr. ad Leg. Aquil. L. 1. §. 7. L. 3. ſi quadr. pauper. L. fin. de effuſ. et deiect. Arg. c. 28. X. de ſentent. excomm. c. 9. X. de vſur. c. fin. X. de ſepult. Arg.* Art. 107. 111. 113. 158. P. G. O. BODINVS *de laeſ. ex delict. defunct. ab hered. praeſtand.*

m) COCCEJI *c. l.*

we und Kinder darüber gehöret worden, am meiſten auf des Entleibten Alter und Leibeskräfte, und den Ertrag ſeines Verdienſtes Betracht zu nehmen, und es ſolchergeſtalt nach der Billigkeit und richterlichem Ermeſſen zu beſtimmen [n]). Eine ſolche Verpflegung ſoll nach den Meynungen berühmter Rechtslehrer nicht allein den Kindern, ſondern auch den Erben [o]) des Getödteten nach richterlicher Ermäſſigung zugeſprochen werden; allein, ich finde Bedenken, dieſe letztere Meynung ohne nähere Beſtimmung und Einſchränkung anzunehmen. Denn jene aus den Gütern des Todtſchlägers zuzuerkennende Vergütung kann nur lediglich denen zu ſtatten kommen, die durch die Entleibung eines Menſchen einen würklichen Schaden leiden, oder Unterhalt und Verpflegung verlieren. Zu ſolchen Perſonen können aber füglich keine andere, als die noch unverſorgten Kinder und die hinterlaſſene Ehegattin des Entleibten [p]) gerechnet werden. Dagegen gebe ich es gerne

n) HARPRECHT *Dec.* 100. *n.* 12. *Dec.* 101. *n.* 54. HERT. *Vol.* 2. *Dec.* 562. *n.* 6. Struben a. O.

o) Meiſter a. O. COCCEJI *c. l.*

p) HARPEECHT *Dec.* 101. *n.* 55. Sollte etwa der Todtſchläger bey ſeiner erfolgenden Beſtrafung ſeine eigene Frau und Kinder in hülfloſen Umſtänden verlaſſen müſſen, ſo iſt darauf in Beſtimmung der Gröſze des Verpflegungs-Quantums einiger Betracht zu nehmen, niemals aber kann jenes aus der angeführten Urſache gänzlich wegfallen.

gerne zu, daß, in ſoferne lediglich von der Erſetzung anderer Schäden und Uebel, und nicht insbeſondere von dem Unterhalte und Verpflegung die Rede iſt, alle Erben ohne Unterſchied ihres Standes und Geſchlechts darauf füglich Anſprache machen, und ſich dieſerhalb an den Gütern des Todtſchlägers halten können. Denn, meinem wenigen Ermeſſen nach, kommt es bey der beſchriebenen Zubilligung des Unterhalts und der Verpflegung lediglich auf die gemeinen Grundſätze von den Alimenten an, und erſtere können nur denen und zwar unter denſelben Einſchränkungen angedeyen, unter denen die letzteren gebühren. Da nun nur der Mann ſeiner Frauen den Unterhalt zu geben ſchuldig, nicht aber die letztere der Regel nach, den erſteren zu unterhalten verbunden iſt [q]), ſo folget daher von ſelbſt, daß nur einer Ehefrauen, nicht aber einem Ehemanne, aus dem Vermögen des Todtſchlägers ein Verpflegungs-Quantum zugeſprochen werden könne. Da ferner die Kinder nur ſo lange auf Unterhalt und Verpflegung Anſprache zu machen befugt ſind, als ſie ſich noch nicht in den Jahren und bey ſolchen Kräften befinden, um ſich jenen durch eigenen Fleiß und Arbeit erwerben zu können [r]), ſo fällt auch das oftbemeldete Ver-

q) *L. 22. §. 8. Solut. matrimon. L. 13. C. de negot. geſt. L. 2. D. de iniur.*

r) HELLFELD *in Iuriſpr. forenſ. ſecund. Ord. Pandectar.* §. 1286.

Verpflegungs-Quantum aus dem Vermögen des Todtſchlägers ſodann von ſelbſt weg, wenn die Kinder des Entleibten entweder ihrem Stande und Alter, oder ihren Glücksumſtänden nach, jenes nicht unumgänglich bedürfen. Dagegen aber können diejenigen auf ein ſolches Verpflegungs-Quantum allerdings Anſprache machen, denen der Entleibte bey dem vorhandenen Mangel derjenigen, die ſonſt dazu unmittelbar verbunden geweſen, dazu verpflichtet iſt [s]). Eben ſo wenig kann es ein gegründetes Bedenken haben, daß bey der Beſtimmung des Verpflegungs-Quanti bey ehelichen Kindern, außer den natürlichen, auch auf die ſogenannten alimenta ciuilia geſehen werden müſſe, bey unehelichen aber es lediglich auf die erſteren ankomme [t]). Das beſchriebene Verpflegungs-Quantum hat auch nicht allein ſtatt, wenn der Todtſchläger gegenwärtig iſt, und zur Lebens- oder einer andern Strafe verurtheilet wird, ſondern auch

s) Hieher gehöret die Mutter in Ermangelung des Vaters, die Großeltern von beyden Linien, wenn die Eltern verſtorben ſind, und die Großeltern mütterlicher Seits bey natürlichen Kindern. S. dieſe Beyträge *n. V.* Hieher aber ſind keinesweges Brüder und Schweſtern zu rechnen, indem denſelben der Regel nach keine Alimente gebühren, ſ. WESTENBERG *in Comment. ad Pandect. Lib.* 25. *Tit.* 3. §. 26.

t) *L.* 5. §. 11. *de agnoſc. vel alend. lib. Nouella* 89. c. 12. §. 6.

auch ſodann, wenn er abweſend iſt und ſich auf der Flucht befindet u)*, oder auch vielleicht von dem Landesherrn eine Begnadigung erhalten hat x). Weil auch bekannten Rechten nach alle Schäden, in ſoferne ſie nicht auf einen geſchloſſenen Contract eine Beziehung haben, zu erſetzen ſind, wenn anders nur die geringſte Fahrläſſigkeit daran theil haben möchte y), ſo muß der Wittwe und den Kindern eines Entleibten auch billig ſodann eine Verpflegung angedeyen, wenn gleich die geſchehene Entleibung nur in einem ſehr geringen Grade der Fahrläſſigkeit ihres Urhebers Grund hat. Sie fällt aber gegentheils billig ſodann von ſelbſt weg, wenn die Tödtung eines Menſchen lediglich in einem bewieſenen Zufall ihren Grund gehabt hat. Dagegen aber kann die Wittwe eines Entleibten auf die bemeldete Verpflegung auch ſodann Anſprache machen, wenn gleich das Verbrechen, was die Strafe deſſelben anlanget, zwar verjähret, allein die Civilaction bey einem noch nicht abgelaufenen

nen

u) Meiſter a. O.

x) S. die berühmten Rechtshändel bey verſchiedenen Parlementern in Frankreich. Berlin 1778. im vierten Theil n. 28. Nach denſelben wurde ein Todtſchläger, ob er gleich Begnadigung erhalten hatte, zu einer Schadloshaltung von ſechshundert Livres für die Familie des Getödteten verurtheilet.

y) *L. 44. D. ad Leg. Aquil.*

nen Zeitraum von dreyßig Jahreu gleichwohl noch nicht verloſchen wäre [z]).

Ob nun gleich die bisher angeführten Grundſätze, indem ſie der Aehnlichkeit des Rechts gemäß ſind, durch würkliche Entſcheidungen angeſehener Rechtscollegien beſtätiget werden [a]), ſo entſteht gleichwohl noch insbeſondere eine, ſo viel mir wiſſend, von niemand erörterte Frage: Wie lange eine ſolche Verpflegung aus den Gütern des Todtſchlägers daure? oder, wie lange eigentlich die Erben deſſelben zu deren Abführung gehalten ſeyn? Wegen des ungewiſſen Lebensziels der Menſchen verwerfen einige Rechtslehrer die Verpflegung der Wittwe und Kinder eines Entleibten gänzlich, und meynen, daß, weil in Abſicht des erſteren ſich nichts mit genugſamer Zuverläſſigkeit beſtimmen laſſe, auch auf letztere nicht füglich zu erkennen ſey [b]). Allein, meinem wenigen Bedünken nach, kann dieſer Einwurf nicht genügen, um die Sache ſelbſt mit Grunde zu beſtreiten, oder der Wittwe und den Kindern eines Getödteten ihrer Anſprache auf die Alimente gänzlich abzuſprechen [c]). Es iſt viel-

z) Engau von der Verjährung in peinl. Fällen, §. 56.

a) Meiſter und Struben a. O.

b) Carrach in den rechtl. Urtheilen und Gutachten in peinlichen Sachen n. 62.

c) Da man in den meiſten Dingen im menſchlichen Leben mit der höchſten Wahrſcheinlichkeit zufrieden ſeyn

vielmehr, ſo viel ich ſehe, ein Unterſchied zu machen, ob der Entleibte geſunden Zuſtandes, oder mit ſolchen Uebeln und Krankheiten, die keine lange Lebensdauer vermuthen lieſſen, behaftet geweſen ſey? In dem erſten Fall wäre meinem Ermeſſen nach das ſiebenzigſte Jahr als das Ziel der Verpflegung anzunehmen. Denn, da man in den Rechten bey Abweſenden dieſen Termin überhaupt annimmt, um dieſelben für ſchon geſtorben halten zu können [d]), ſo ſcheinet mir hier wenigſtens einerley Grund vorhanden zu ſeyn, um ein gleiches Lebensziel bey Getödteten, die geſunden Zuſtandes und dabey noch unter ſiebenzig Jahren geweſen ſind, annehmen zu können. In dem andern Fall aber, und wenn der Entleibte mit ſchweren und unheilbaren Krankheiten behaftet geweſen, weshalb man keine lange Dauer ſeines Lebens vermuthen können, müßte meiner Einſicht nach lediglich das Gutachten zweyer geſchickten und zuvor beeydigten Aerzte zum Grunde geleget, und darnach die Dauer der Verpflegung beſtimmet werden. Auf gleiche Weiſe würde es auch zu halten

ſeyn muß, und ſolche daher der Gewißheit faſt gleich zu achten iſt, ſ. Glafey in dem Recht der Vernunft S. 490., ſo läßt ſich auch nach vernünftigen Gründen zu urtheilen, in dem gegenwärtigen Fall von dem angeführten an ſich richtigen Grundſatze keine Ausnahme gedenken oder vertheidigen.

d) LEYSER *Spec.* 96. *n.* 5. HOMMEL *ſeptuagenarius abſens quando mortuus praeſumitur.*

halten ſeyn, wenn der Getödtete bereits über ſiebenzig Jahre und dabey ſonſt von geſunder Leibes-Konſtitution geweſen wäre. Denn, wenn er bereits von ſchwächlicher und hinfälliger Leibes-Konſtitution geweſen, ſo läßt ſich auch bey einem Getödteten über ſiebenzig Jahren, wegen ſeines natürlichen Lebensendes, nach vernünftigen Gründen nichts mit einiger Zuverläſſigkeit beſtimmen [e]), und es iſt daher unter ſolchen Umſtänden auf eine Verpflegung derjenigen, denen der Getödtete Unterhalt und Verpflegung ſchuldig war, meinem Bedünken nach, nicht zu erkennen.

Das Verpflegungs-Quantum inzwiſchen, das der Wittwe und den Kindern eines Getödteten aus dem Vermögen des Todtſchlägers gebühret, ſetzet allemal zum Grunde, daß jene durch die geſchehene Entleibung einen würklich erlittenen Schaden und Nachtheil an ihrem bisherigen Unterhalt zu beweiſen im Stande ſind. Denn, in Ermangelung deſſen und wenn die Wittwe, oder die Kinder eigenes genugſames Vermögen hätten, welches zu ihrer Verpflegung hinreicht, oder auch der Getödtete durch ſeinen Verdienſt, oder Händearbeit Frau und Kinder würklich nicht ernähret hätte, fällt auch die Zuſprechung eines beſonderen Ver-

e) Es iſt hiemit die Abhandlung des Herrn Prof. Ploucquet vom menſchlichen Alter und den davon abhangenden Rechten. Tübingen 1779. zu vergleichen.

Verpflegungs-Quanti, ſowohl nach den Grundſätzen von der Leiſtung der Alimenten, als der Schadens-Erſetzung gänzlich hinweg. Dagegen aber kann unter den angezogenen Umſtänden auf die Erſtattung anderweitiger Schäden und Koſten nichts deſtoweniger angetragen werden, wenn gleich das Verpflegungs-Quantum angeführtermaßen wegfällt.

Weil die Erben eines Verbrechers in Gemäßheit der Grundſätze des Canoniſchen Rechts alle Schäden und Koſten, die ihr Erblaſſer durch ſeine ſträfliche Handlungen verurſachet hatte, zu erſetzen, verbunden ſind, in ſoferne ſolches anders von der hinterlaſſenen Erbſchafts-Maſſe geſchehen kann[f]), ſo ſind auch Inhalts dieſer Grundſätze die Erben des Todtſchlägers zur Bezahlung eines rechtlicher Art nach zu beſtimmenden Verpflegungs-Quanti in alle Wege verbunden, und zwar ohne zu unterſcheiden, ob Wittwen und Kinder des Entleibten bey Lebzeiten des Todtſchlägers darauf angetragen haben, oder nicht, indem es auf dieſen Unterſchied Inhalts der Vorſchriften des Canoniſchen Rechts nicht ferner ankommt. Wenn auch gleich einige Rechtslehrer auf dem Fall, da das Ver-

f) COCCEJI *de obl. hered. ex delict. defunct.* LüD. MENCKEN *de reo eiusque hered. ex delict. poen. corp. afflict. merent. obligatio.* Meine Grundſätze des peinlichen Rechts §. 87.

Vermögen des Todtſchlägers nicht hinreichen ſollte, um davon ſowohl das Verpflegungs-Quantum, als die Unterſuchungs-Koſten beſtreiten zu können, es auf beyde vertheilet wiſſen wollen [g]), ſo iſt gleichwohl dieſe Meynung, meinem Bedünken nach, nicht gegründet. Denn, da nach demjenigen, was ich in einer vorhergehenden Abhandlung [h]) mit mehrerem an- und ausgeführet habe, die Entſchädigung des Beleidigten nicht zwar älteren Gläubigern, wohl aber den Unterſuchungs-Koſten der Regel nach vorgehet, ſo hat ſchon aus dieſer Urſache die Frage: ob der Beleidigte, oder die Unterſuchungs-Koſten im Colliſionsfall vorzuziehen? keinen Zweifel. Hiezu kommt, daß nach dem einhelligen Zeugniſſe der Rechtslehrer ſowohl die rückſtändigen, als die zukünftigen Alimente im Concurſe in der vierten Claſſe ihren Platz finden [i]), und daher den Unterſuchungs-Koſten, die der richtigeren

g) BERGER *in Oeconom. Iur. Lib.* 3. *Tit.* 9. *Th.* 12. *n.* 7.

h) S. dieſe Beyträge *n.* XX. von der Beſtimmung des Vorzugs in den Fällen, da das Vermögen eines Angeſchuldigten nicht hinreichet, allen denen Befriedigung zu verſchaffen, die daran Anſprache haben.

i) Claproth in der Einleitung in ſämtliche ſummariſche Proceſſe. Göttingen 1777. im Concours-Proceß S. 163.

tigeren Meynung nach in der fünften Claſſe zu kommen pflegen, vorgehen.

Da dem peinlichen Gerichte nicht allein dasjenige, was die Strafe und das peinliche Verfahren anlanget, zu beſtimmen oblieget, ſondern daſſelbe zugleich über die Entſchädigung und Genugthuung des Beleidigten zu erkennen hat [k]), ſo ergiebet ſich daher von ſelbſt, daß, in ſoferne von dem Verpflegungs-Quanto, das der Wittwe und den unverſorgten Kindern des Getödteten aus dem Vermögen des Todtſchlägers angeführtermaßen gebühret, die Rede iſt, billig eben daſſelbe ſtatt finden, und folglich das peinliche Gericht darüber, entweder in der Endurthel, oder noch nachhin beſonders erkennen, allenfalls auch zur Abkürzung des peinlichen Verfahrens ſolches an den Civilrichter verweiſen könne [l]). Würde jenes unterblieben ſeyn, ſo halte ich es unbedenklich, daß auch nach geendigtem Criminal-Proceß von der Wittwe und den Kindern des Entleibten in dem gewöhnlichen Gerichtsſtande der Erben des Todtſchlägers, die Klage auf die Ausſetzung eines Verpflegungs-Quanti gültiglich erhoben, und darauf von dieſem Gerichtsſtande rechtlich erkannt werden könne, es wäre dann, daß das etwa begehrte Verpflegungs-

k) Art. 207. und 208. P. G. O.

l) Meiſter. a. O. n. 33.

Quantum aus rechtlichen Gründen in der Endurthel wohl gar aberkannt worden, und die Imploranten ohne Einlegung eines Rechtsmittels ſich dabey beruhiget hätten, da ihnen denn unter ſolchen Umſtänden bey einem deshalb aufs neue wiederholten Antrage billig die Rechtskraft entgegen ſtehet.

10XV

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Quistorp, Johann Christian von,

Beyträge zur Erläuterung verschiedener, mehrentheils unentschiedener Rechts-Materien aus der bürgerlichen und peinlichen Rechtsgelahrtheit

Rostock 1787

Bamberg, Staatsbibliothek -- .63 B 17
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11411903-2
VD18 1462124X-003